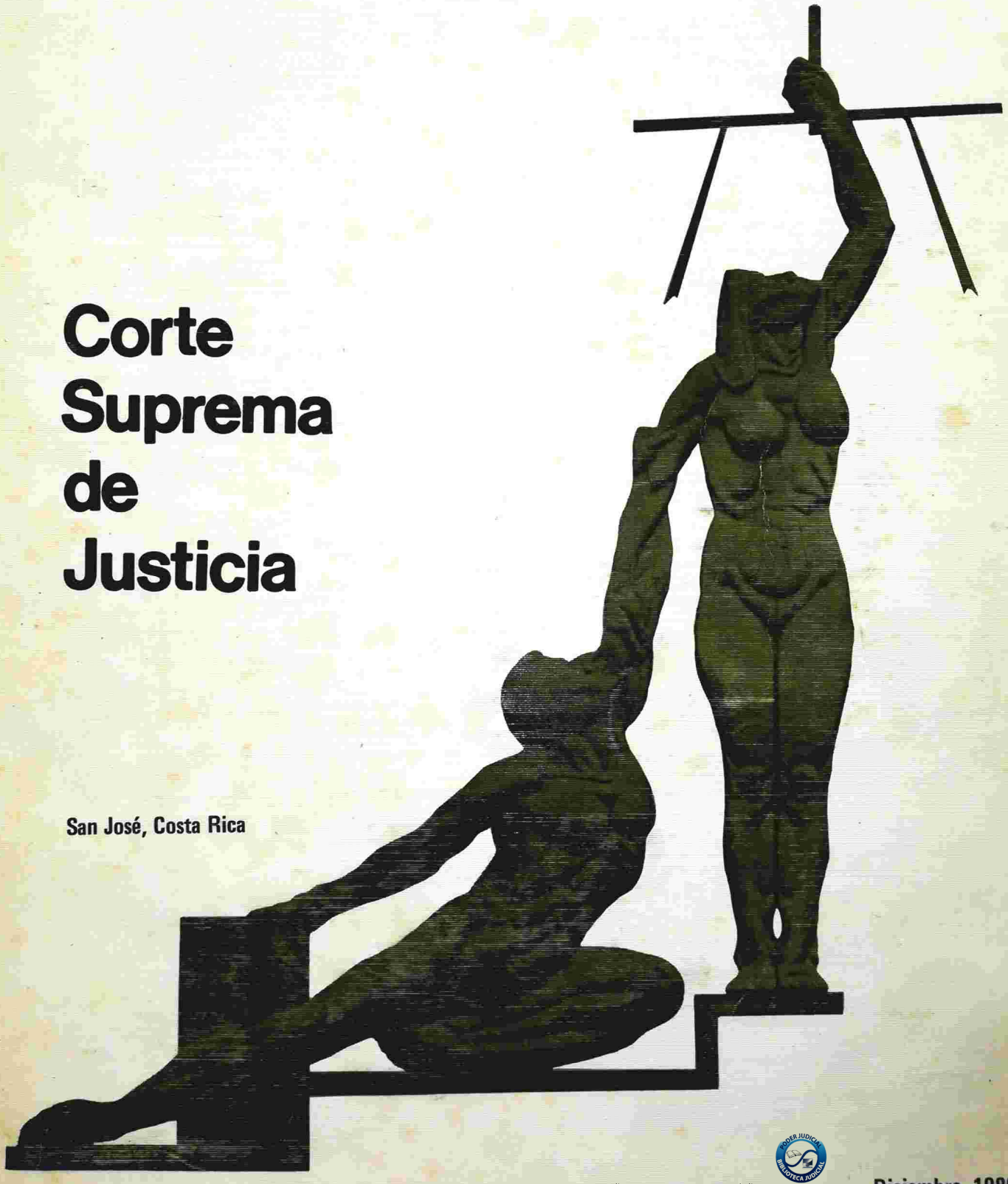
AÑO V

Nº 18

REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia



San José, Costa Rica

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PODER JUDICIAL BIBLIOTECA JUDICIAL

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Diciembre, 1980

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Sección I: Estudios.

DISCURSO DEL DR. RAFAEL CALDERA* EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA. SAN JOSE, 5 DE SETIEMBRE DE 1980

Señor Vicepresidente de la República
Señor Decano de la Facultad de Derecho
Señor Secretario General Adjunto de la Organización de las Naciones Unidas
Señor Embajador de Venezuela
Señor Presidente de la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad
Señores Miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Estudio de la Universidad para la Paz
Señores Profesores
Queridos Estudiantes:

Agradezco a mi viejo y buen amigo, el Embajador de Venezuela, Aquiles Certad, la inolvidable oportunidad que me ha ofrecido de presenciar este hermoso acto, de develar ese hermoso busto y de rendir ante esta presencia de la juventud costarricense este homenaje al gran humanista Andrés Bello.

Este busto, obra del escultor venezolano Lorenzo González, fue originalmente esculpido para la galería del Ministerio de Educación en Caracas, allá por el año de 1940. Uno igual tuve la satisfacción de develar en el Palacio de la Paz en La Haya, como testimonio de reconocimiento del más alto Tribunal de Justicia Internacional al fundador del Derecho Internacional Iberoamericano. Otro está colocado en el Instituto Iberoamericano de Berlín. Un busto de Bello, debido al escultor Rodríguez del Vilar, tuve la ocasión de entregar e inaugurar en la Universidad de Oxford, en el Colegio Saint Anthonys, donde ha sido creado un fellowship con el nombre de inmortal de Andrés Bello. Una estatua de Bello preside las actividades académicas de la Universidad de las Canarias, en la Ciudad de La Laguna, de la Isla de Tenerife, ofrecida por un grupo de venezolanos de origen canario. Otra estatua de Bello tuve la oportunidad de donar a La Real Academia Española de la Lengua y está en el pórtico de honor de aquella Institución. Una estatua de Bello similar a la Tenerife va a inaugurarse en el próximo año en el Instituto Caro y Cuervo de Bogotá, una de las más afamadas instituciones filológicas de nuestro Continente. Estatuas y bustos de Bello están rubricando en el bronce heroico, su presencia en los más variados países, como demostración del aprecio, del respeto, de la veneración que se ganó este hombre, cuya larga vida se consagró por entero a la ciencia, a la educación, al derecho y al cultivo y defensa de la unidad de los pueblos de América Latina.

Años atrás, una estatua de Nicanor Plaza fue colocada para presidir el edificio central de la Universidad de Chile. Réplica de la misma fue co-

*Ex Presidente de Venezuela, Presidente de la Comisión Internacional de la Universidad para la Paz.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

locada enfrente de la Universidad Central de Venezuela, por donación del entonces Presidente de la República de Chile Eduardo Frei. El nombre de Bello distingue liceos, universidades, colegios, intituciones científicas. El nombre de Bello distingue municipios, distritos y pueblos en la geografía política de Venezuela y en otros países. Es justo, es merecido, es satisfactorio que la presencia de Bello acompañe a los jóvenes que en Costa Rica, en esta democracia sincera forjada a través de la lucha y del esfuerzo de su gente, orgullosas de la inversión de toda clase de recursos, pero especialmente de recursos humanos, que se ha hecho a través de los años en la gran empresa de la educación, es motivo de orgullo, de aprecio y de afecto, no sólo en la América Central sino en toda la América de origen español y portugués.

Andrés Bello fue un gran poeta: con él comienza la poesía hispanoamericana. Andrés Bello fue un insigne escritor: su Gramática Castellana es hoy mismo considerada por las mayores autoridades de la lengua como la mejor que existe en lengua castellana y una de las mejores del mundo. Andrés Bello, verdadero hombre del renacimiento, cultivó todas las disciplinas, desde la Filosofía a la Cosmografía. Enseñó sin descanso, hasta el punto que uno de sus biógrafos afirma: "puede decirse sin inexactitud que pasó su vida enseñando". Pero Andrés Bello fue un jurista, un gran jurista, uno de los primeros juristas, de los valores más altos que en el campo del Derecho podemos presentar los latinoamericanos. El Código Civil de Chile fue principalmente su obra. Aquel país, a través de sus más calificados voceros, lo reconoció así. El Congreso le otorgó una recompensa especial en el momento de la promulgación del Código, por una labor de 30 años. El Presidente de la República lo proclamó como el autor de aquella obra legislativa, que hasta este momento no ha sido superada en nuestro hemisferio.

El Código Civil de Bello fue una síntesis magnífica de los ideales de la Revolución e Independencia de los países americanos, de los ideales de libertad, y de justicia que campeaban por el mundo entero y de las mejores tradiciones del derecho español, de las mejores instituciones del derecho indiano, de los mejores aportes de la realidad hispanoamericana. En muchos países de América, el Código Civil de Bello fue imitado y en algunas ocasiones transcrito, en forma literal porque la obra de Bello no se dirigió a ningún país, sino que se dirigió a todo el Continente. En un artículo reciente, un distinguido jurista costarricense, el Lic. Gonzalo Ortiz Martín, recogía la información de un jurista alemán y afirmaba en forma categórica que el Derecho Internacional costarricense emanó de don Andrés Bello y que los principios del Derecho Internacional Privado que el Código Civil de este país promulgó fueron inspirados en los principios del Código Civil de la República de Chile elaborado por don Andrés Bello. Su obra, modestamente calzada con sus puras iniciales en su primera edición, con el título de Principios de Derecho de Gentes, dedicada sólo a ayudar a sus discípulos para formarse conceptos de esta disciplina, está considerada hoy como la obra más importante en el inicio de la disciplina del Derecho Internacional en los países latinoamericanos. En esa obra, él proclama la necesidad de que los jóvenes estados surgidos de las antiguas colonias cultiven el Derecho Internacional, se aferren, podemos decir, a los principios de esta disciplina jurídica porque su violación, su desconocimiento, su irrespeto darían según sus propias palabras "pretexto a la ambición para intervenir y usurpar". Son muchos los principios del Derecho Internacional reciente que encuentran su fuente en el propio Andrés Bello, por ejemplo ha sido llamada por algunos comentaristas "cláusula Bello", aquella que al considerar el problema de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en las relaciones internacionales, hacía una excepción para los privilegios acordados a las otras naciones iberoamericanas.

Bello dedicó su vida a muchas empresas de la ciencia, de la educación y de la cultura. Se le reconoce como el verdadero forjador de la nueva administración del estado chileno. Autoridades como la de Guillermo Cruz, han ido adjudicando a la pluma de Bello mensajes presidenciales, documentos ministeriales, actos del Senado de Chile, al que se le incorporó como miembro, casi de por vida, por una magnánima disposición que le otorgó la nacionalidad chilena, sin haber renunciado a la nacionalidad venezolana. Bello, en cierto modo, puede compararse a Savigny, el gran jurista cuya obra sobre Derecho romano le produjo una admiración tal que renovó los conceptos que tradicionalmente venía cultivando en el estudio de esta disciplina. Federico Carlos de Savigny a quien mi maestro Carracciolo Parra León en la Universidad Central de Venezuela calificaba como al jurisconsulto más grande del siglo XIX, encontró una armonía misteriosa y sutil entre las leyes y el lenguaje. Para explicar la formación del Derecho, hacía análisis y comparaciones con el desarrollo de la propia lengua de cada país; y en cierta manera, los fundamentos de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

su escuela histórica son cada día; y en cierta manera, los fundamentos de su escuela histórica son como una transposición del origen y naturaleza de las leyes del lenguaje a la génesis, al desarrollo y a la formulación de las normas jurídicas. Bello no compartía la base filosófica del pensamiento de Savigny, porque en medio de una amplia evolución y recepción de las concepciones modernas de su tiempo, seguía fundamentalmente manteniendo los principios del Derecho Natural, no de un Derecho Natural hipertrofiado, no de un Derecho Natural estratificado, pero sí de Derecho Natural que inspirado en la norma y en la justicia era la base insustituible y eterna para las leyes de cada país y especialmente para las leyes vigentes entre las naciones que tenían que encontrar una base superior, un fundamento más alto que la normatividad positiva impuesta coactivamente por el poder de cada Estado.

Pero me ha llamado siempre poderosamente la atención el hecho de que de la obra de Bello, de la voluminosa obra de Bello, que en sus obras completas excede a los 20 volúmenes y que conserva en la mayor parte una impresionante actualidad, la mayor producción está dedicada, casi por partes iguales al lenguaje y al derecho. Como filólogo, su Gramática Castellana "para uso de los americanos", escrita con la preocupación de que la corrupción de la lengua castellana pudiera producir entre nosotros el mismo fenómeno de la corrupción del latín y quitarnos la unidad fundamental que nos integra, que es la de ese vínculo maravilloso constituido por la lengua castellana: sus estudios sobre el poema del Cid, sus Principios de Ortología y Métrica, su Análisis Ideológico de los Tiempos de la Conjugación Castellana (considerado por el gran filólogo español Marcelino Meléndez y Pelayo, como la mejor de sus obras y como una de las más importantes para explicar la naturaleza y el sentido del verbo en nuestro idioma). Pero la otra mitad está dedicada al Derecho. Hemos recogido en dos voluminosos tomos toda la formación del Código Civil chileno, anotando meticulosamente al pie de cada artículo su origen, su desarrollo y sus variantes (con la observación de que después de promulgado el Código Civil, que, como decimos, fue el resultado de un esfuerzo de treinta años, el ejemplar que le pertenecía aparecía ya lleno de anotaciones, de enmiendas, que seguramente pensaba proponer y que lo vinculaba a esa tarea constante de perfeccionamiento que es el empeño de todo espíritu creador); el Derecho Internacional no sólo en su exposición doctrinaria, sino en la jurisprudencia y doctrina de la Cancillería chilena, de la cual fue durante toda su existencia en Chile el gran inspirador, y variados estudios sobre diversas ramas del derecho, pues estuvo vinculado estrechamente a las corrientes jurídicas que en Inglaterra aparecían y pudo lograr un equilibrio maravilloso entre el racionalismo y el positivismo, por tanto está bien don Andrés Bello en esta casa. Yo estoy seguro de que los muchachos de esta facultad sabrán comprenderlo, interpretarlo y recibirán de su figura un gran aliento. Como se ha dicho aquí las elocuentes palabras del Prof. El Kuri, el gran humanista Andrés Bello nació en Caracas y murió en Chile, vivió en Londres pero las tres etapas de su vida están increíblemente balanceadas. Cuando salió de Caracas de 29 años había producido ya obras de alto valor y fue enviado por la primera misión diplomática a Europa por sus conocimientos, por su cultura, por su profunda versación de las normas del derecho y en la vida de los pueblos. Tuvo el insigne privilegio de ser profesor de Bolivar en su juventud y en una frase maravillosa el libertador dice: "fue mi maestro cuando teníamos la misma edad y yo le amaba con respeto", no creo que puede lograrse una expresión mejor en un hombre que en ese momento se encontraba en la cúspide de su gloria, que éste "yo le amaba con respeto" que Bolivar tiene para el más ilustre de sus contemporáneos.

Pasó diecinueve años en Londres, diecinueve años difíciles, en los cuales su posición de diplomático de países emergentes que apenas tenían como enviar recursos para sostener sus precarias misiones, se alternaba con la condición de refugiado político cuando la suerte de las armas era desfavorable a nuestra causa. Fue amigo allí de muchos latinoamericanos, de muchos españoles. Era la época en que existía una nacionalidad común. En la Legación de Chile, en un momento dado, el Ministro Plenipotenciario era guatemalteco, Antonio José Irisarri, y el Secretario de la Legación era un venezolano, Andrés Bello. En ese entonces se forjó del modo más decantado y profundo su concepción de América, su pasión de América.

El gran precursor Francisco de Miranda fue, en los meses de convivencia que tuvieron en Londres, el gran maestro de esta concepción Iberoamericana. Después de diecinueve años en Londres pasó a Chile en el año de 1829 hasta 1865 en que murió; 36 años casi, de labor fecunda, incansable. En Chile fue el Viceministro de Relaciones Exteriores, que dirigía toda su política; el Senador que redactaba los mensajes presidenciales y las contes-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

taciones del Senado; numerosos proyectos de leyes y normas para la forja de la administración pública en Chile fueron suyas; fue el Rector de la Universidad, fundada en 1843 sobre las ruinas de la antigua Universidad Colonial de San Felipe, Rectorado que ejerció hasta su muerte —y como hemos dicho alguna vez, hasta después de su muerte porque su sillón quedó enlutado durante cierto tiempo antes de que se decidiera reemplazarlo—; fue redactador del periódico "El Araucano"; fue profesor de todas las disciplinas: de Derecho Internacional, de Gramática y materias conexas; fue el orientador de la educación pública de Chile, porque como Rector de la Universidad presidía el Consejo de Educación que dirigía toda la rama de instrucción pública en aquella nación. Pero cuando trabajaba en Chile, cuando servía en Chile, cuando producía para Chile, no podría desprenderse de su espíritu la visión de toda América, no podía realizar una obra que se contuviera en los estrechos límites de una contingencia local.

El hacía Gramática para los americanos, o hacía un Código Civil que iba a regir en Chile pero que se iría extendiendo en su vigencia a los demás países latinoamericanos; por eso me atrevería a llamarlo el adalid, el prototipo de la integración latinoamericana. En este sentido, la figura de Bello cobra nueva vigencia, en este momento en que nos preparamos a conmemorar dignamente su segundo centenario de su nacimiento en la fecha de 29 de noviembre de 1981.

Señora Decana: Cuánto agradezco sus generosas palabras; cuánto agradezco su amable invitación. Me complace ver la presencia de la mujer en Costa Rica asumiendo estas responsabilidades como la de dirigir la vida de nuestras universidades, que no es fácil, pero que es apasionante en estas tierras de América. He tenido la satisfacción de ver a la mujer también hacer acto de presencia en las más altas posiciones en la vida de Venezuela y apenas el año pasado tuve la satisfacción de contribuir a que por primera vez dos mujeres electas Magistrados de la Corte Suprema: una en la Sala Política-Administrativa, otra en la Sala Penal. En nuestras Universidades, la mujer y el hombre tenemos mucho por hacer; los hombres tenemos que esforzarnos para que no se nos desplace por completo en la presencia, no sólo cuantitativa sino cualitativa de las mujeres que están dispuestas a demostrar que ocupan posiciones porque las merecen y no piden que se les dé reconocimiento por una consideración gentil hacia su sexo, sino porque saben que lo que tienen entre manos y son capaces de realizar grandes empresas.

Tenga usted mis felicitaciones más sinceras, y como un modestísimo recuerdo de esta visita y de este acto le ruego aceptar para la Biblioteca de la Facultad estas dos obras que le traigo. Las presento con mucho orgullo porque me fueron ofrecidas como un homenaje que me daban dos Universidades venezolanas en la ocasión en que se cumplían cuarenta años de mi grado profesional: dos tomos sobre Derecho Laboral presentados por la Universidad Católica Andrés Bello, con estudios de indudable valor, escritos por especialistas del derecho del trabajo en casi treinta países, y cuatro tomos de Derecho Constitucional sobre la Constitución de Venezuela, la primera obra completa que en mi país se dedica a analizar y estudiar los principales aspectos de la Constitución del 23 de enero de 1961, vigente, en cuya elaboración me correspondió participar como Copresidente de la Comisión que tuvo la responsabilidad de prepararlo.

Esos estudios están escritos por gentes de las más variadas corrientes y concepciones. El pluralismo en Venezuela, como en Costa Rica, es una institución que ha producido ya grandes beneficios. El respeto a todas las ideas, la posibilidad de que todos se expresen y de que cada uno luche porque prevalezca el buen sentido, constituye una de las fuentes que le han dado vida y fortaleza a la democracia venezolana en el experimento histórico que se realiza hace ya más de 22 años. Costa Rica ha sido modelo en este campo y mis votos muy sinceros son para que sigan siéndolo y para que de las Universidades no salgan la intolerancia, la violencia y el irrespeto, para que de las universidades salgan la idea, la discusión, el culto por los grandes valores del espíritu y una profunda devoción de servicio por las necesidades de nuestro pueblo.

MUCHAS GRACIAS

*****

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PROMESA UNILATERAL Y EL PRECONTRATO

Lic. Mario Ramírez Segura.

Pretenden la doctrina y legislación foránea que existen negocios jurídicos que sin ser contratos en sentido clásico resultan generadores de obligaciones.

LA PROMESA UNILATERAL

Antecedentes.

Esta figura fue concebida por el austríaco Siegel en 1874, quien encontró en ella una nueva fuente compromisoria.

Juzgaba el tratadista que hay algunas manifestaciones unilaterales de voluntad que sin necesidad de aceptación ni contraprestación, generan vínculos a cargo de su emitente.

Tal es la **promesa unilateral** que se refleja, entre otras, en la promesa pública de recompensa, cuya finalidad es recuperar u obtener informes de un objeto —incluso un sujeto— cuyo destino se ignora. Se estima que el promitente resulta obligado a cumplir su oferta desde que la hizo pública, sin interesar que a ese momento no existiese un aceptante o mediara una contraprestación.

La figura creó desde el inicio mucha controversia por opinarse que siempre se estaba ante materia convencional y que, aun aceptándola como fuente autónoma, resulta indispensable aplicar las normas generales de la contratación, pues si se trataba de obligaciones que pudiéramos calificar de "no contractuales", aunque sí voluntarias, ello indicaba desde ya una ambivalencia en el término, no ajena a cierta sospecha jurídica.

"En efecto —dice Messineo— desde el punto de vista social, se advierte la repugnancia por el hecho de una obligación que nace sin más de una declaración unilateral de voluntad y sea vinculante, **aun cuando no se acepten** *por aquel a quien está dirigida (destinatario) o favorezca." "Sin embargo que desde el punto de vista técnico-jurídico no haya nada anómalo en la promesa unilateral y de ello se han encargado de demostrarlo la práctica y la doctrina de los títulos de crédito."* (Los subrayados aparecen en bastardillas en el original).

En todo caso, opinan los Mazeaud *"hay que guardarse de no confundir la promesa unilateral con el contrato unilateral. El contrato unilateral es una convención, un acuerdo, productor de obligaciones con cargo a una sola de las partes; es unilateral en sus efectos, pero bilateral o plurilateral en su formación. Por el contrario la promesa unilateral no exige ningún acuerdo; resulta de una voluntad aislada y es unilateral tanto en su formación como en sus efectos".*

* * *

La palabra promesa viene de "pormissum", promesa u oferta. En su virtud uno se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa. *"Es —manifiesta De Diego— una declaración de voluntad seria y definitiva de constituirnos deudor hacia otros; por ella nos imponemos una obligación de hacer o no hacer en provecho de otro".*

La posición clásica es contraria a esta teoría a pesar —dice Castán— que el Derecho Romano ad-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBAN"

mitió algunas excepciones al principio general de que las obligaciones deben ser producto de la voluntad concordada. (La policitario y el votum).

Ampliando el anterior concepto, podemos decir que existen tres posiciones:

a) **La tradicional.** La promesa unilateral **no** es vinculante; no genera obligaciones por sí sola; requiere de alguna manera un segundo sujeto que la acepte convirtiéndola en compulsiva. La fuente voluntaria de obligaciones por excelencia es el contrato. La promesa aunque reflejo de una voluntad unilateral, realmente necesita un sujeto que expresa o tácitamente acepte el compromiso, funcionando entonces y cuando menos como un contrato, al que se parece sospechosamente.

b) **La de Siegel.** Surge como secuela de la teoría del negocio jurídico, de modo que vincula en los términos y forma que ha deseado comprometerse el promitente.

Esta tesis se extremó al punto de considerar que la promesa podía sustituir al contrato ya que éste se desdobla en dos negocios unilaterales o promesas que las partes se hacen recíprocamente.

c) **La ecléctica.** Mantiene al contrato en la categoría de fuente principal voluntaria de obligaciones, pero admite que algunas figuras pueden aceptarse como promesas unilaterales, lo cual en todo caso opera como excepción porque realmente no hay un verdadero ajuste de voluntades al modo clásico, sino que el compromiso unilateral surge sin que la contraparte eventual haya aceptado la prestación. La promesa unilateral se admite entonces como una necesidad de orden comercial.

Tipicidad.

Nuestro código no la desarrolla de manera directa. Sin embargo en otras legislaciones como la italiana sí se le ha tipificado. Veamos los casos que son objeto de reglamentación.

a) **Promesa de pago.**

Aparece involucrada en ciertos títulos valores como el pagaré en que una persona se obliga a cancelar incondicionalmente una suma determinada en fecha futura. El título no necesita detallar el negocio causal a pesar que se encuentra subyacente, pues es obvio que nadie ofrece un pago sin mediar una razón. Hay entonces un compromiso unilateral de cancelación sin que interese la causa generadora.

Esta particularidad de los documentos de crédito sólo puede entenderse plenamente si recordamos sus fundamentos doctrinales que rematen en el interés de su **circulación,** ya que no fueron creados para regular las relaciones de los **interesados directos,** para quienes están las figuras contractuales ordinarias. **El tercero recibe el documento en su condición de promesa incondicionada de pago.**

Precisamente en el hecho de que el título pase a extraños es que vemos con claridad que la promesa unilateral es vinculante por la sola manifestación de quien la hizo.

b) **Reconocimiento de deuda.**

Supongamos que un débito surge de manera imprecisa por ser resultado de ciertas relaciones que sólo comprometen moralmente, como sería una deuda declarada prescrita. Si en esas circunstancias el deudor acepta unilateralmente la obligación, quedará comprometido de pago por su sola expresión volitiva. El compromiso adquiere vida, actualizándose por esa manifestación y sin que haya sido compelido a tal efecto.

"La función práctica, dice Messineo, del reconocimiento de la deuda reside en el hecho de que unilateralmente —o sea, independientemente de la aceptación del acreedor— **el deudor establece la certeza de la existencia de la deuda a su cargo; ésto en beneficio del acreedor".** No se trata, agrega, de ausencia de prueba del débito, sino aceptación de la misma por acto volitivo del deudor que acepta el gravamen.

c) **Promesa pública.**

En ésta el promitente resulta vinculado desde que hace pública su oferta. Supongamos la pérdida de un portafolio con documentos personales, lo que motiva que su propietario avise en el periódico que dará una recompensa de quinientos colones a quien lo devuelva. Desde ese momento está obligado de cumplimiento con cualquiera que le lleve el citado maletín. Si la oferta tiene plazo, el oferente no puede revocarla durante el término.

No hay persona determinada a quien se dirige la promesa. Cabe estipular que, en todo caso, ella debe ser de algún modo cumplida por aquel a quien corresponda la carga, a fin de obtener el beneficio. En el ejemplo es necesario que se entregue a satisfacción el portafolio, pues de lo contrario tendríamos una manifestación de voluntad ineficaz al faltar el sujeto que aprovecha la oferta.

El artículo 1989 del Código Civil italiano tipifica esta figura exponiendo: *"que vincula por sí,*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

independientemente de la aceptación, apenas hecha pública", lo que en mi criterio no contradice lo anteriormente expuesto ya que el numeral italiano lo que resalta es que el promitente queda obligado desde que da publicidad a su oferta, sobreentendiendo que si nadie responde no surte efectos jurídicos; pero el acto de voluntad individual mantuvo su estructura, cual ocurre con un testamento no aceptado, convirtiéndose la voluntad expresa en presunta, pero manteniendo validez el acto volitivo aunque no produzca los efectos deseados.

No debe confundirse **la promesa pública** con **la oferta al público** ya que la primera vincula sin aceptación y de producirse ésta, sus efectos se retraen a la fecha de la promesa; en tanto la oferta pública, que pudiera hacerse en una vitrina o en un supermercado, es una policitación abierta para un contrato ulterior, requiriendo forzosamente la aceptación y generando efectos hacia el futuro.

Crítica a la promesa unilateral.

Especialmente los franceses la han negado porque estiman que para surtir efectos es indispensable medie un aceptante que cumpla el requisito que justifique la recompensa. Dicen los tratadistas Mazeaud: *"No existe deudor sin acreedor. ¿Se resolverá entonces que la voluntad del deudor puede tornar a una persona en acreedora sin saberlo ella e incluso contra su voluntad? Eso es evidentemente imposible. Pero los partidarios de la promesa unilateral exigen para que el compromiso sea eficaz, una aceptación del acreedor. Entonces siguen siendo necesarias dos voluntades complementarias para darle eficacia al vínculo de derecho. Se está muy cerca de la tesis clásica del contrato".*

La promesa, agregan, es una simple variante del acto jurídico unilateral, del mismo modo que el contrato no es sino una variedad de la convención. La promesa resulta el acto jurídico unilateral que crea una obligación.

Estiman que la ventaja de la tesis de Siegel es teórica porque aparenta hacer nacer la obligación antes de toda aceptación, pero ello no es sino a cambio de que el deudor pueda comprometerse a la ligera, sin comprender la trascendencia de su acto.

Si el contrato documental, escriturado, es a veces difícil de interpretar ¿qué decir de la promesa unilateral?

Manifiestan los citados autores que entre la promesa unilateral y el contrato sólo hay una diferencia importante: cuando el acreedor acepta la promesa, su derecho de reclamo retrae sus efectos al día del compromiso. Si es una oferta de recompensa, hay derecho de reclamo desde la fecha en que se hizo pública. En el contrato el crédito se perfecciona *"desde la aceptación y no produce efectos sino para el futuro".*

Ni siquiera tratándose de títulos valores puede independizarse totalmente la oferta incondicionada de pago con la necesidad de una aceptación expresa o tácita de quien recibe el documento. La circunstancia de que el nombre del futuro endosatario no se conozca al crear el instrumento no impide, ciertamente, que al efectuarse ese traspaso se acepta al deudor con su promesa. El promitente tiene como sobreentendido, desde el inicio, que está obligado de pago con quien resulte tenedor legítimo del documento. Se produce así una figura convencional de cierta complejidad.

Aun en la estipulación a favor de tercero, para la verdadera eficacia del compromiso es necesaria la aceptación del beneficiario. Aunque el contrato es entre estipulante y promitente, lo cierto es que sus efectos triangulados sólo nacen con la ratificación del tercero.

Para Díez Picazo y Gullón, el problema consiste en si realmente la voluntad unilateral puede ser fuente de obligaciones. Estiman que lo existente no es una policitación **sino una declaración unilateral** por la que se asume desde entonces una obligación. *"En realidad una relación obligatoria exige dos sujetos: acreedor y deudor. La voluntad de uno de ellos no puede hacer nacer una obligación, por tanto esa declaración unilateral puede ser revocada. Si la aceptación ha recaído, ya no estamos ante una promesa unilateral, que es el problema planteado".*

Exponen que la jurisprudencia española se ha movido restrictivamente en ese campo admitiendo la voluntad unilateral sólo excepcionalmente *"reducida en la práctica a la promesa de recompensa al público en su modalidad de concursos con premio y en la emisión de títulos valores (p. ej., pagaré al portador)".*

EL PRECONTRATO
(La promesa de contratar)

Ocurre a veces que determinadas personas desean realizar un contrato (venta, arriendo, sociedad), pero no inmediatamente sino en fecha futura porque en ese momento no tienen las posibilidades económicas o la disponibilidad del bien. Entonces, a fin de concretar derechos realizan un acto prene-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

gocial que se conoce por diversas denominaciones: promesa de contrato, contrato de promesa, pacto de contrahendo, contrato preliminar e, incluso, compromiso.

Consiste en un contrato que tiene por objeto realizar otro. Tal es su única finalidad, por así decirlo, lo cual lo tipifica y diferencia de los contratos ordinarios.

El negocio prometido se llama **contrato principal.**

Entonces, si los interesados se reúnen acordando que para dentro de tres meses formarán una sociedad, este acto inicial es el precontrato; en tanto la sociedad, cuando se estructure definitivamente, será el contrato principal.

No debe confundirse este pacto previo con la promesa simple de contratar (promesa no aceptada), que es la policitación u oferta dirigida a una persona para ver si el negocio le es conveniente.

Una cosa es acordar formar una sociedad en un plazo determinado (precontrato) y otra ofrecer a una persona la calidad concreta de socio en una empresa que se integrará con su aceptación (contrato).

¿Qué es entonces un precontrato?

Castán lo define: *"Una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva y en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede celebrar como definitivo".*

Moro Ledezma: *"Es un contrato que obliga a celebrar otro contrato; por tanto, un contrato presente que obliga a la celebración de otro futuro".*

Don Pablo Casafont Romero dice que el precontrato es *"un convenio preliminar o preparatorio por el cual se asume la obligación de celebrar otro contrato, sea como declaración de voluntad de que se requiere un contrato futuro".* Como tal convenio es preliminar de otro que se proyecta en el tiempo, resulta imperativo que tenga *"los mismos requisitos de sustancia y forma exigidos por el contrato principal que por medio de las partes declaran querer, entre ellos y con el acuerdo que presupone la capacidad, el objeto de la prestación posible, lícita, determinada o determinable, y el plazo que igualmente es esencial en el mismo, supuesto que genera una obligación a término ante la imposibilidad legal de asumir un compromiso indefinidamente".*

Conforme lo expone el licenciado Casafont, reflejando parte de la doctrina, el precontrato es un contrato base que debe contener los elementos del pacto futuro.

En estas circunstancias se ha determinado que no debe involucrarse en la promesa negocial, la ejecución de alguno de los elementos del compromiso principal, como pagar parte o la totalidad del precio, pues entonces ya no estaríamos ante una promesa de contratar sino ante un contrato con plazo.

Empero esta tesis (precontrato y contrato como negocios jurídicos autónomos que requieren consentimientos separados) no es unánime.

Se objeta que si la finalidad del precontrato es la celebración de un contrato futuro y que desde el inicio deben detallarse los elementos del definitivo, ello lo convertiría en una figura inútil, porque si "A" desea vender una finca a "B", identificándose el inmueble y su precio ¿para qué un nuevo consenso?

Se estima que la **relación contractual** —el vínculo de fondo— nace con el precontrato y las partes únicamente se reservan el derecho de exigir en el futuro el cumplimiento del pacto. El precontrato es, simplemente, **el medio jurídico** para poner en funcionamiento oportuno el contrato principal, por lo que, en tanto no advenga la fecha prevista sus efectos quedan enervados.

Manifiestan Díez Picazo y Gullón: *"Por virtud del precontrato se atribuye a las partes, a una o a ambas, la facultad de exigir la puesta en práctica del contrato proyectado en cualquier momento, a menos que se haya establecido un plazo." "La construcción del profesor De Castro es la que explica acertadamente el precontrato. En el precontrato la relación "contractual" se abre ya a las partes en el momento mismo de su celebración. Lo que ocurre es que se reservan, ambas o bien una de ellas, la facultad de exigir, la de determinar a su voluntad el momento de su exigibilidad. el precontrato crea un vínculo obligatorio, pues, del que nace la peculiar facultad de poner en vigor y en funcionamiento el proyectado contrato, pero todavía no pesan sobre las partes los deberes que constituyen el contenido típico de la relación obligatoria en su fase definitiva".*

La eficacia de esta tesis se probaría, como siempre, en los casos de incumplimiento pues si efectivamente la relación contractual existe desde el precontrato, puede pedirse al Juez la ejecución forzada de lo convenido.

La jurisprudencia nacional y en parte la española se inclinan por esta teoría. Realmente nuestro artículo 1054 —o más concretamente el 1066 del Código Civil y por lo menos en cuanto a promesas negociables bilaterales— así lo prevé.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Consecuentemente y en principio, el juez puede sustituir la voluntad del incumpliente para ejecutar el contrato, con lo que se robustece la tesis del doctor De Castro.

No cabe entonces concebir el precontrato y el contrato como figuras independientes, pues si los elementos de configuración del negocio principal están presentes en el preparatorio, realmente existe una relación contractual 'ab initio' cuya ejecución se difiere al futuro.

Citan los tratadistas españoles sentencias de su país por las que se estima que si nos basamos en la teoría original del precontrato, el incumplimiento únicamente daría base a un reclamo de daños y perjuicios, lo cual encontraría explicación sólo si el negocio futuro fuere indeterminado. En tal supuesto sí sería indispensable un nuevo pacto, y su negativa a otorgarlo inhibiría al juez a sustituir la voluntad del interesado, precisamente por ser imprecisa e indeterminada. (S.s. de 1 de julio de 1950, 21 dic. 1955 y 26 marzo de 1965).

Por el contrario, si las prestaciones están predeterminadas y los interesados se reservan únicamente su ejecución futura, en caso de incumplimiento es permisible el reclamo de ejecución forzada del pacto.

* * *

Precontratos unilaterales y bilaterales

Dentro de las promesas de contratar, éstas pueden ser unilaterales o bilaterales.

"Lo que de seguro puede afirmarse, dice don Pablo Casafont, es que las promesas son declaraciones de voluntad unilaterales o bilaterales, dirigidas a la producción de efectos de derecho".

a) **El precontrato unilateral: La opción.**

En este contrato preparatorio tenemos que una parte ofrece a otra que acepta, realizar un negocio futuro, pero el compromiso es a cargo exclusivo del oferente.

Supongamos una venta futura. "A" ofrece a "B" venderle una finca, concediéndole un plazo de tres meses para que determine si compra. Esta promesa involucra simplemente un plazo otorgado exclusivamente en favor de la otra parte para que ésta estudie la oportunidad de pactar en firme. ¿Qué es lo que ha aceptado "B"? El término para contratar, pero sin compromiso de pago u otra contraprestación. No estamos ante la venta definitiva sino la oferta que se hace de realizarla en el plazo concedido, el cual debe ser respetado por el vendedor, quien si traspasa a un tercero en esas condiciones incurre en responsabilidad.

El precontrato unilateral por excelencia es la opción. Castán la define así: *"Convenio por el cual una parte concede a otra por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad, que se deja exclusivamente a su arbitrio de decidir respecto a la celebración de un contrato principal".*

El profesor Cossío opina que en la opción el objeto de la figura prenegocial no es necesariamente la celebración del contrato principal, sino **la irrevocabilidad de la oferta.** El promisario acepta esa oferta irrevocable sin que sea imprescindible que el contrato definitivo se lleve a cabo pues precisamente lo que se negocia es la opción de cumplimiento o no. En todo caso si se acepta el negocio definitivo se conjuga la oferta con su aceptación, quedando agotado el precontrato y sustituido por el definitivo. (Díez Picazo y Gullón).

Conforme a lo expuesto puede ocurrir que el optante decida no llevar a cabo el negocio, lo que no crea compromiso alguno a su cargo ya que la obligación era del promitente de respetar el plazo. Si el optante acepta, se produce el negocio definitivo. Si el promitente no honra el término, surge a su cargo responsabilidad de orden personal ya que sólo media el compromiso unilateral de respetar el término y por ello no puede perseguirse el bien con acciones reales o anulatorias.

b) **El precontrato bilateral.**

Ocurre cuando dos partes se comprometen recíprocamente como en un negocio jurídico bilateral ordinario, de modo que ambos quedan compulsados a su respectiva prestación. Una otorga un plazo y la otra se compromete, a su advenimiento, a celebrar el contrato prometido.

Incluso cuando hablamos de opción, la misma se desarrolló como precontrato gratuito, como compromiso unilateral; pero nada impide que pudiera pactarse como bilateral al exigirse una contraprestación al optante. *"Mas, con relación al indicado carácter unilateral del contrato (de opción), dice el licenciado Casafont, tal clasificación no resulta rigurosamente exacta, pues si por lo general revista esa modalidad, nada impide, y ésto es frecuente en la vía negocial, que la otra parte asuma la obligación de pagar cierta cantidad de dinero o prima u otra prestación, dando lugar a la llamada 'opción remunerada' supuesto en el cual es de evidencia que existen obligaciones recíprocas, sin que sea atendible aducir que ello no altera la esencia*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

unilateral del contrato, pues a mi juicio, al producirse también obligación a cargo del optante de pagar la retribución convenida por el derecho del adquirente, y al asumir de esa suerte el contrato bilateral, la circunstancia sería relevante a los fines, ante un incumplimiento de esa obligación, de poder exigir al promitente la ejecución forzosa o de ejecutar la acción resolutoria en su caso, con aplicación, en nuestro régimen jurídico de la regla del artículo 692 del Código Civil".

Aparte de la opción remunerada, también se habla de la **promesa de venta con recíproca de compra**, por la cual los pactantes se otorgan plazos y condiciones que deben cumplimentar recíprocamente. Uno se compromete a vender y otro a comprar, bajo sanción de resolver con daños y perjuicios o bien ejecutar forzadamente la transacción.

El plazo para reclamar el incumplimiento de esta figura, conforme al artículo 1055 ibídem, es de un mes desde que es exigible, plazo de caducidad y no de prescripción.

Aunque estimo que el término es corto, refleja cuando menos un acierto del legislador de 1888 para evitar que los términos queden abiertos o sujetos a la precripción ordinaria.

Por otra parte y como expusimos, el artículo 1066 ibídem establece que el incumplimiento a la promesa otorga derecho de persecución sobre el bien y si el dueño de la cosa se niega a finalizar el contrato o no quisiere llenar las formalidades legales, tendrá derecho el acreedor para que el Juez, en nombre del renuente, formalice el convenio, otorgue la escritura y haga entrega de la cosa.

Diremos, finalmente, que si bien tanto la opción como la promesa de venta se relacionan con el contrato de compraventa, nada impide que se realicen con cualquier otra figura negocial. Puede así hablarse de opción para arrendar, para formar una sociedad, etc. Igualmente los compromisos bilaterales prenegociales pueden referirse a una locación o una sociedad futura.

BIBLIOGRAFIA BASICA

BRENES CORDOBA, Alberto. **Obligaciones y Contratos** Lehmann, 1933.

CASAFONT ROMERO, Pablo. **Ensayos de Derecho Contractual.** Lehmann, 1968, páginas 183-253.

CASSO Y ROMERO, Ignacio; CERVERA Y JIMENEZ Alfaro, Francisco. **Diccionario de Derecho Privado.** Editorial Labor S.A. Barcelona, 1966. Tomo II, Págs. 3146 y 3147.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho Civil Español, Común y Foral.** Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961. Páginas 24 a 52.

DIEZ PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. **Sistema de Derecho Civil.** Tomo II, páginas 54 y 55. Editorial Tecnos, 1978.

MAZEAUD HENRI, León y Jean. **Lecciones de Derecho Civil** Parte II. Volumen I, páginas 398 a 410. Ediciones Europa América. Buenos Aires, 1960.

MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho Civil y Comercial.** Ediciones Europa América. Buenos Aires. 1971. Págs. 215 a 224 del Tomo VI.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de Derecho Civil.** Tomo IV. Antigua Librería Robredo. México, 1966.

*****

Revista Judicial. Costa Rica. Año V, No. 18, diciembre 1980

PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL

Dr. Olman Arguedas Salazar.

CONTENIDO:

A) Principio dispositivo 19
B) Instancia única y doble instancia 21
C) Tribunales unipersonales y pluripersonales. 22
D) Oralidad 22
E) Socialización del proceso. 23
F) Disgregación de los actos procesales 25
G) Concentración. 25
G-1) Concentración del contenido 26
H) Publicidad 26
I) Motivación. 27
I-1) Crisis de la motivación 28
J) Teoría de la prueba. Concepto. Objeto. Carga, procedimiento y valoración 28
K) Limitaciones de la apelación. Limitación de las apelaciones 36
L) Eventualidad. 39
M) Moralidad 39
N) La Instrumentalidad de las formas 40
Ñ) Conclusiones. 41
O) Bibliografía 42

A) EL PRINCIPIO DISPOSITIVO.

Según opinión de Alsina (1) el principio dispositivo consiste en el dominio por las partes del procedimiento, consistente en que el juez no puede iniciar de oficio el proceso civil, ni tomar en cuenta hechos que no hayan sido invocados en la demanda, contestación o contrademanda, y por el contrario, debiendo el juez tener por ciertos los hechos en los cuales las partes se muestren de acuerdo, salvo casos excepcionales que la misma ley se encarga de determinar y sobre todo, la obligación para el juez de que el fallo sea congruente, este es, acorde con lo pedido sin que pueda concederse más ni menos. Considero sin embargo, que la expresión "dominio" no se aviene ni real ni legalmente en forma absoluta con el concepto porque aparte de que en casos excepcionales, concretamente en los de estado civil, el juez no puede someterse al acuerdo que las partes hayan llevado a cabo en el proceso en cuanto a la pretensión esgrimida, también el juez tiene absoluta independencia intelectual al momento de dictar la sentencia conforme al principio iura novit curia. De manera que un concepto tan amplio como el de dominio del procedimiento, debe ser al menos manejado con cuidado a los efectos de no incurrir en errores. Por eso, en relación con el tema, aún cuando el citado autor admite que el juez desempeña un papel pasivo (2), advierte seguidamente que no obstante ello el juez tiene determinadas facultades para completar el conocimiento de los hechos como ocurre con la prueba para mejor proveer y con los casos en los cuales dicho autor admite la existencia de un interés público como el divorcio. Existen además a través del proceso otras facultades que limitan el principio dispositivo cual ocurre con las pruebas testimonial y confesional, en las cuales el juez debe oficiosamente repreguntar a los declarantes para cerciorarse de su veracidad, lo mismo ocurre en cuanto al ofrecimiento de pruebas, las cuales deben limitarse a los hechos controvertidos, o bien a los admitidos en procesos de estado civil. De manera que el juez no desempeña ni puede desempeñar en el proceso civil un papel pasivo porque ello equivaldría a catalogarlo como un juez-espectador que hoy en día no tiene. Por ello, Couture (3) aunque admite que el principio de disposición es aquel que deja librada a las partes la disponibilidad del proceso, hace también la aclaración obligada de que esa disponibilidad no es absoluta, concluyendo este último autor en que el proceso civil no es dispositivo, sino predominantemente dispositivo. Así tenemos entonces que la independencia intelectual del juez (iura novit curia), la declaración de incompetencia por razones de cuantía o materia, el rechazo de pruebas inútiles por impertinentes o inadmisibles, el rechazo de plano de los incidentes impertinentes, la facultad de repreguntar a confe-

(1) Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, tomo 1, pág. 101.

(2) Ob. cit., pág. 102.

(3) Fundamentos del Derecho Procesal Civil, págs. 185-186.

santes y a testigos y la prueba para mejor proveer, son ejemplos de actitudes que el juez asume dentro del proceso con carácter inquisitivo que lógica y legalmente vienen a neutralizar el principio dispositivo de las partes. Pero con todo y eso, la disponibilidad se mantiene predominante dentro de aquél. Por esa razón pienso que la división tripartida que hace Prieto Castro (4) en tres principios que él denomina de iniciativa de parte, de controversia y dispositivo, con todo y que en el fondo significan la misma cosa, sirve sin embargo para distinguir el funcionamiento de la disponibilidad a través del proceso, desde su iniciación, pasando por su desarrollo, hasta su terminación. De acuerdo con esta opinión, la iniciativa de parte se relaciona con el comienzo y el avance del proceso a través de sus tres diferentes etapas: introductoria, probatoria y decisoria; la controversia, a la producción de los materiales de hecho que van a servir para la decisión judicial; y el dispositivo se refiere a las facultades y poderes de las partes en cuanto al aspecto material, esto es, la posibilidad de que el actor renuncie a su pretensión material o de que el demandado se allane a ella, así como también la renuncia a la pretensión procesal únicamente. En ambos casos de renuncia por parte del actor, éste está disponiendo del proceso llevándolo a su terminación, la cual tiene el calificativo de anormal, siguiendo las palabras de Guasp (5), terminación anormal que no se limita a la renuncia expresa del derecho, sino también al desistimiento y caducidad de la instancia, al allanamiento del demandado como lo contrario de la renuncia a la pretensión y en último término la transacción como forma de acuerdo procesal//Por ello, el principio dispositivo no es ni puede ser absoluto, sino que por el contrario, lo que existe es un predominio del mismo, neutralizado con determinados poderes que el juez debe ejercitar a través del proceso. Por esas razones, en materia de estado civil y validez del matrimonio, aún cuando el artículo 1376 de nuestro Código Civil impide la transacción, es lo cierto que en cuanto a procesos relacionados con esas materias no pueden ser calificados de procesos civiles inquisitorios, porque tampoco en estos casos el principio inquisitivo se muestra en su pureza absoluta, sino con una leve manifestación tan sólo. No hay duda de que en ellos son las partes, concretamente el actor, quien ejerce la iniciativa del mismo; asimismo se puede dar por terminado el proceso, sea por desistimiento expreso o caducidad de la instancia (desistimiento tácito); se deben aportar por las partes los hechos y la prueba de ellos, entonces, no se ve por qué motivo pudiera llamársele a este tipo de procesos, procesos civiles inquisitorios cuando lo que existe es tan sólo una manifestación leve del principio inquisitivo en lo relacionado con la prohibición de la transacción, siendo consecuencia de ello que la confesión no es admisible como prueba única y por ello deben ser abiertos a pruebas aún en este último supuesto. De modo que no hay procesos civiles dispositivos puros ni procesos civiles inquisitivos puros, al menos en nuestro mundo occidental, sino procesos civiles predominantemente dispositivos y procesos civiles, o más concretamente familiares, con una manifestación leve del principio inquisitivo. No podría hablarse tampoco de un predominio del principio inquisitivo en este tipo de procesos, porque si así fuera, en presencia de una terminación del proceso, por voluntad de ambas partes, sin que ello signifique una transacción en cuanto al aspecto fundamental del mismo, cual es el del estado civil, el juez no puede mostrarse contrario a dicha voluntad continuando "per se" el proceso para darle una terminación normal mediante el dictado del fallo correspondiente. Todo lo contrario; si en un proceso de separación judicial o de divorcio las partes acuerdan dar por terminado el proceso, ello se aviene con el espíritu del Código de Familia en el que parte de su filosofía es precisamente la mantención de la unión conyugal y consiguientemente familiar, en lo que resulta claro un interés social.

Haciendo una valoración crítica del tema que nos ocupa, debe defenderse y mantenerse el principio dispositivo con sus manifestaciones de iniciativa de parte, controversia y dispositivo propiamente dicho, porque en el proceso civil se refleja el derecho subjetivo del particular, y sólo éste está en capacidad de determinar con su iniciativa la forma en que se configuró ese derecho con la controversia, sólo el particular es quien está en capacidad absoluta de aportar los materiales, esto es, los hechos, la prueba de ellos, la discusión y la contradicción de las afirmaciones contrarias, y no el juez, para quien será imposible o cuando menos sumamente difícil determinarlos al estar alejado de la privacidad en que se celebran los negocios entre los par-

(4) **Derecho Procesal Civil, volumen 1, págs. 387 a 390.**
(5) **Derecho Procesal Civil, tomo 1, págs. 527-544.**

ticulares; asimismo, sólo el particular tiene la facultad de disponer la terminación del proceso porque en relación con su derecho la sociedad no tiene interés alguno. La pasividad del juez es tan sólo relativa, porque a la disponibilidad de las partes se establece como contrapartida determinadas cargas a las partes: la rebeldía, porque el fin público del proceso no puede resultar perjudicado por desinterés del demandado, sea en cuanto a la demanda propiamente dicha al tenerla por contestada afirmativamente, sea cuando se trate de la ficta confessio al no concurrir el confesante a esta diligencia probatoria; el no ser oído cuando incumple con la orden impartida de afianzar costas, o bien por no haber hecho el reintegro de un pliego de papel sellado una vez hecha la prevención por el juez.

Lo contrario ocurre con el proceso civil soviético, de marcada tendencia inquisitiva. (6), (7), (8).

El proceso civil de tipo dispositivo está inspirado en el respeto y la protección de la personalidad humana, pues las partes son colaboradoras del juez en la determinación de la forma y de los medios de la indagación (principio de controversia). Las partes no tienen obligación de comparecer, ni de responder al interrogatorio ni de decir la verdad, pues ningún vínculo obligatorio limita sus voluntades. Son libres de comportarse en juicio como lo crean más conveniente, pero deben tomar en cuenta que de no comparecer o no responder al interrogatorio o bien de no decir la verdad, corren el riesgo de construir su propia derrota. Desarrollándose el proceso entre partes de buena fe y entre abogados legales, el proceso civil es un perfecto ejemplo de ordenada y respetuosa cooperación democrática. Conceptos estos últimos del conocido tratadista Calamandrei, que no podemos sino hacerlos nuestros (9).

Entre los extremos de disponibilidad absoluta que hacen al juez desempeñar un papel de espectador, y de poderes absolutos del juez que lo colocan en la posición de dictador, está el término medio de prevalente disponibilidad en donde el juez se convierte en un verdadero director del proceso. En cuanto a este aspecto, Klein ha dicho lo siguiente: Queda confiado a las partes el derecho sobre el cual han de atacar y defenderse, y sobre cuya pretensión solicitan un pronunciamiento judicial; en tanto que se trate de derechos privados, son las partes las que resuelven sobre la extensión y contenido de sus peticiones, no pudiendo actuar sobre las mismas el poder de dirección del proceso del juez. La petición de las partes determina, pues, de modo vinculante el objeto de la resolución judicial, y tiene el valor de expresar lo que las partes quieren en materia de tutela jurídica; ahora bien, el poder de dirección procesal del juez se manifiesta mediante el auxilio que éste les presta en las alegaciones y actividades que han de desplegar para conseguir el objetivo del proceso; de aquí el derecho de interrogación de aquéllas por el juez; el derecho de exigir la comparecencia personal de las mismas; la presentación de piezas, objetos o documentos que éstas tengan en su poder así como si se hallasen en poder de autoridades, notarios, etc. y el de ordenar que se practique un reconocimiento judicial o pericial. Todo ello de oficio, sin necesidad de petición de parte (10).

B) INSTANCIA UNICA O DOBLE INSTANCIA.

Los partidarios de la doble instancia piensan que ella ofrece mayores garantías debido al número de sus componentes, superior criterio y experiencia de éstos, pudiendo, como consecuencia de ello, suplirse en la segunda instancia omisiones que pudieran haberse cometido en la primera instancia. Por el contrario, para quienes defienden la instancia única, la justificación de la doble instancia estriba en el carácter unipersonal del juzgador de primera instancia, puesto que si los tribunales fueran colegiados, entonces no se justificaría la doble instancia (11).

Si con la segunda instancia se consigue lentitud, ello se debe no sólo que exista esa segunda instancia, sino a otros factores que en ella intervienen, pues como acabamos de decir, si los abogados o las partes esperan aportar en la segunda instancia lo que pueden aportar en la primera, no puede negarse que ello constituye un factor, entre muchos otros, que contribuye a que se produzca esa lenti-

---

(6) La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil. Mauro Cappelletti, pág. 403.

(7) Ob. cit., págs. 404 a 411.

(8) Citado por Cappelletti, ob. cit., pág. 415, nota 66.

(9) Proceso y Democracia, págs. 196-187.

(10) Citado por Fairén Guillén, Estudios de Derecho Procesal, pág. 313.

(11) Alsina, ob. cit., págs. 132-133, tomo 1.

tud. La segunda instancia debe concebirse simplemente como una revisión de la primera instancia, sin posibilidad del jus novorum; en otras palabras, es necesario crear la conciencia entre los abogados y las partes de que jurídicamente el proceso termina en la primera instancia. Unica instancia y doble instancia, son problemas de organización judicial que van íntimamente relacionados con los principios de la oralidad y la escritura, respectivamente, y desde luego, con la composición de los tribunales.

C) TRIBUNALES UNIPERSONALES Y COLEGIADOS.

Es obvio que el procedimiento ante el juez único es más rápido, sencillo y económico, pero es lo cierto que hay más posibilidad de errores (12), entonces, si se trata de establecer un sistema de instancia única, lo correcto sería que los tribunales fueran colegiados, pues en este supuesto la posibilidad de error es mucho menor desde luego que supone la existencia de una deliberación entre sus miembros antes de dictarse la sentencia. Sin embargo, sería preferible un buen juez que tres malos jueces. El problema es de calidad y no de cantidad.

D) ORALIDAD.

Chiovenda la considera como la mejor forma del proceso, porque da como resultado una justicia económica, pronta y simple. Si ha ido tardando en ganar terreno es porque no se le ve como un principio político, sino como un principio técnico-jurídico. Las masas populares no se han adherido a él, sino tan sólo los estudiosos (13).

La vemos desde 1877 en el Reglamento Procesal Civil para el imperio germánico, con nuevos textos en 1898 y 1910. En Austria con el Reglamento u Ordenanza de 1895. En Hungría desde 1914 con un Reglamento u Ordenanza inspirado en el modelo germano-austriaco. En Italia en el Código de Procedimiento Civil de 1942 (14).

Oralidad significa prevalencia de la palabra sobre la escritura. Cuando es necesaria apreciar la espontaneidad en las declaraciones, (testigo, perito, confesante) es evidente que el contacto personal y directo de éstos y el juez conduce a una mejor apreciación.

El poder apreciar mejor un gesto, una respuesta, la mayor facilidad con que se exponen razones y argumentos, así como también la mayor rapidez para ello, constituyen la importancia de la Oralidad.

Sin embargo, la escritura es necesaria en el proceso oral para preparar el tratamiento del proceso; así, la demanda es acto procesal que debe constar por escrito pues en ella se fija la pretensión del actor y los medios de prueba, garantizando en esta forma la defensa de ambas partes. La demanda debe indicar de modo preciso y determinado los fundamentos de hecho, los fundamentos de derecho y los medios de prueba, así como la pretensión propiamente dicha, para dar oportunidad al demandado de hacer su defensa. A su vez el demandado debe anunciar sus excepciones, sus fundamentos de hecho y su contrapretensión si la formulare. Todo ello es lo que se llama escritos preparatorios. Entonces, hay ya una diferencia con el sistema escrito y consiste en que en éste la contestación, las excepciones, la contrademanda deben constar por escrito bajo pena de tenerse por no formuladas en defecto de ello. En cambio, en el sistema oral, a excepción de la demanda, los otros escritos preparatorios son sólo el anuncio de las declaraciones que se harán en la audiencia.

Las manifestaciones de voluntad jurídicamente importantes se hacen sólo en la audiencia, pero si hubiere contrademanda, ésta debe reunir los mismos requisitos de la demanda para garantizar la defensa de actor contra demandado estableciéndose así la igualdad de las partes en el proceso.

La escritura en el proceso oral sirve, en primero lugar, para preparar el tratamiento del pleito; en segundo lugar, sirve para documentar lo que ocurre en la audiencia y en general todo lo que sea importante para el pleito.

En el proceso oral el juez debe ser la misma persona física desde el comienzo hasta el final. La oralidad no será posible si la actividad se desarrolla ante personas distintas porque la impresión recibida en el juez que asistió a la audiencia no podría infundirse en el otro, y sólo se podría reproducir mediante la escritura. Entonces, lo que fue oral para el primer juez, resultará proceso escrito para el segundo. En cambio, todo ello es indiferente en el proceso escrito.

La Oralidad requiere que el proceso sea con-

---

(12) Alsina, ob. cit., págs. 134-135 tomo 1.

(13) Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, pág. 144, tomo 2.

(14) Chiovenda, ob. cit., págs. 144-145, tomo 2.

centrado lo más posible en una sola audiencia, o bien en pocas audiencias próximas, porque como el fallo debe producirse también lo más próximo posible, entonces debe hacerse así para no correr el riesgo de que se borren de la mente del juez las impresiones recibidas en esa audiencia o audiencias. Para Chiovenda Oralidad supone concentración. En cambio, en el proceso escrito el desarrollo se produce en virtud de una serie de fases, términos y plazos.

Los incidentes deben ser resueltos en la audiencia pero esa resolución interlocutoria no será apelable separadamente del fondo, sino precisamente hasta cuando se apele el fallo; salvo en casos excepcionales cuando el juez cree conveniente suspender la continuación mientras se decida sobre la apelación.

Entonces, la Oralidad se caracteriza por: a) la identidad física del juez del pleito, b) la concentración, c) la inapelabilidad de las interlocutorias (15).

Los poderes del juez de impulsar el procedimiento señalando las audiencias, realizando de oficio pruebas admitidas, haciendo a las partes aclarar puntos oscuros, son aspectos que se realizan mejor en el proceso oral que en el escrito por la relación inmediata del juez con las partes.

OBJECIONES A LA ORALIDAD.

a) La decisión es precipitada y entonces hay posibilidad mayor de errores.
b) La Oralidad favorece a los palabreros u oradores.
c) Debe aumentarse el personal judicial.

VENTAJAS.

a) Reduce en dos tercios el número de actos procesales.
b) No existe el formalismo del proceso escrito.
c) Al no ser impugnables las interlocutorias se reduce el número de procesos de apelación.
d) Al resolverse los incidentes en la audiencia, se suprime la disgregación de actos procesales que sí ocurre en el proceso escrito.
e) El juez delegado puede decidir como juez único sobre rebeldía, renuncia y también recibir la prueba en la audiencia, con informe luego al Colegio (16).

El mismo Chiovenda dice que la Oralidad no debe aplicarse en todo caso y para toda contienda. Debe verse la utilidad práctica que de ello puede derivarse, pues de no ser así, es preferible sacrificar el principio doctrinario (17).

Hay procesos en que la Oralidad se puede manifestar plenamente como cuando debe interrogarse a las partes, a testigos, a peritos; en cambio ello no ocurre cuando la prueba es exclusivamente documental.

También es necesario analizar si todo tipo de proceso es susceptible de la Oralidad, o si conviene mantener la escritura para alguno o algunos tipos de proceso. En definitiva, creemos que el problema, como ya se dijo líneas atrás, no es de índole política sino de carácter técnico-jurídico, y sobre todo, económico, porque la realidad demuestra que ningún país es lo suficientemente rico como para poder poner a funcionar un sistema oral con toda su esperada perfección, y desde luego que Costa Rica no lo es. Decimos esto porque la Oralidad exige, para su buen funcionamiento, un gran número de tribunales y de técnicos a la orden de esos tribunales, para que la justicia pueda administrarse con la rapidez que el sistema exige.

E) SOCIALIZACION DEL PROCESO.

Una segunda manifestación de la oralidad es la tendencia a una socialización del proceso, como consecuencia de una progresiva socialización del derecho en general. Dicho fenómeno no sólo se observa en los países propiamente socialistas, sino también en los países occidentales. Por socialización del proceso debe entenderse que éste constituye o debe constituir una institución de bienestar, es decir, un instrumento para el bienestar social explicado del siguiente modo; en esa concepción social del proceso y de la justicia, según opina Cappelletti (18), el juez deja de ser un árbitro que se limita a pronunciar su decisión al final del duelo judicial suscitado entre las partes para guiar e impulsar el proceso, no sólo desde el punto de vista procesal, controlando la observancia de las normas

(15) Chiovenda, ob. cit., pág. 153, tomo 2.
(16) Chiovenda, ob. cit., págs. 157-158, tomo 2.
(17) Chiovenda, ob. cit., pág. 159, tomo 2.
(18) Ob. cit., págs. 78-79.

procesales y el rápido desarrollo del procedimiento, sino también desde el punto de vista material en el sentido de que colabora con las partes en la búsqueda de la verdad, con un papel activo y asistencial para dar la razón a la parte que realmente la tenga, y no a aquella que tiene más habilidad para el litigio o que posee mayores medios económicos para hacer su defensa. Se trata en suma de una "democratización" del proceso civil, o para usar la expresión de Sentís Melendo (19), de una humanización del proceso civil, al punto de que, como dice dicho autor, en el desarrollo del proceso se hable cuando en la vida real la gente se entienda hablando; y que se escriba cuando la permanencia de la escritura resulte más adecuada a la necesidad de la constancia.

Hoy tenemos entonces una reacción contra los atrasos en el procedimiento, contra las complicaciones, contra los formalismos, todo ello inspirado en criterios de economía, de eficiencia y de publicidad, para la realización de los valores. Entonces, concretamente en cuanto a otro aspecto que aparece en el proceso, sea la apreciación de la prueba, se tiende más a la observación directa de los hechos, que a la determinación de los mismos mediante reglas absolutas determinadas a priori. El juzgador en el sistema oral no se regirá por reglas preestablecidas, sino que observará concretamente los medios de prueba y procederá a un examen crítico de los mismos.

Pero, como ya lo hemos dicho, no se puede caer en el fanatismo y pensar que el sistema oral en toda su pureza o prevalente sea sinónimo de una justicia verdadera, pronta y cumplida. De allí que sea necesario entonces establecer una coexistencia de elementos tanto orales como escritos, y analizar el problema no desde el ángulo del proceso como unidad, sino partiendo del punto de vista de los actos procesales y determinar en definitiva, cuáles actos procesales deben regirse por la escritura y cuáles por la Oralidad.

Tenemos entonces: la demanda, la contestación, las excepciones, la contrademanda, deben ser hechas en forma escrita, por la precisión con que las partes deben exponer al juez sus derechos subjetivos, por ser éstas las únicas que están verdaderamente enteradas de cómo se ha configurado la relación jurídica entre ellas, estando por el contrario, el juez absolutamente imposibilitado para ello. Así, la exposición de la causa petendi, y sobre todo la formulación de la pretensión, son actos procesales que las partes deben exponer con claridad y concisión para no caer en un yerro y fomentarse así la injusticia. Ello desde luego no excluye la posibilidad de que las partes puedan modificar sus pretensiones en la audiencia oral, siempre que esas modificaciones no sean hechas con la premeditada intención de ocasionar atrasos en el procedimiento, en cuyo supuesto el juez denegará esas gestiones por ser impertinentes y perjudiciales al sistema.

En cuanto a alegaciones de índole jurídica, por ejemplo alegato de bien probado, la forma escrita también se impone sobre la forma oral, porque permite tanto a las partes como a sus defensores y al juez, una tranquila preparación; permite la consulta de obras jurídicas de orden doctrinario y jurisprudencial. De esta manera esas alegaciones no están expuestas a la improvisación o a los olvidos.

Por último, la sentencia, como acto procesal de decisión del litigio y de terminación normal del proceso, debe ser hecha mediante la forma escrita para que quede constancia de los motivos que obligaron al juez a razonar en un determinado sentido, echando mano a la motivación para que las partes se enteren de ello y puedan así formular su recurso de apelación, y como lógica consecuencia, para que el tribunal de segundo grado pueda saber tambien qué criterio imperó en el ánimo del juez para fallar en un determinado sentido.

En conclusión, los actos procesales que son susceptibles de la Oralidad serán los actos probatorios. En ellos sí se ve con claridad que la espontaneidad debe manifestarse soberana, pues un gesto, una contradicción o una actitud dubitativa de un confesante, de un testigo o de un perito, hará impacto en el ánimo del juez e influirá en su ulterior decisión. Pero también, concretándonos a los medios de prueba, hay algunos que no admiten la Oralidad por ser innecesaria; es el caso de procesos en que sólo haya prueba documental. En estos casos sería contraproducente hacer una audiencia oral para discutir lo que de por sí ya está documentado, salvo desde luego que esos documentos hayan sido objeto de impugnación (públicos), o que se trate de documentos privados que sea necesario reconocer. Los documentos públicos no impugnados, serán en el sistema oral prueba legal y no de sana crítica. Esto es lo que se llama prueba

(19) Estudios de Derecho Procesal, págs. 219-220, tomo 1.

preconstituida porque las partes confeccionan los documentos antes del proceso y por ende pueden preveer cuál podría ser el resultado de un proceso futuro. La Oralidad domina soberana en las pruebas a constituir dentro del proceso: confesión, tesmonial, inspección ocular, pericial e indicios.

Insistimos nuevamente en que estas ideas podrían ser fructíferas si el sistema y sobre todo la economía de un país lo permiten, pues de no ser así, y siguiendo el pensamiento de Chiovenda, es preferible mantener un proceso escrito con un procedimiento más sencillo, con limitación de las apelaciones y limitaciones de la apelación, con el cual es seguro que se conseguirá la celeridad en el proceso; en otras palabras, como la Oralidad en el proceso civil no responde a principios de carácter político como sí lo es en el proceso penal, sino a aspectos de carácter técnico-jurídico, será entonces la experiencia, es decir, razones de orden práctico las que determinen si en un determinado país la Oralidad en el proceso civil podrá llegar a ser sinónimo de celeridad, y por sobre todo, sinónimo de una justicia de excelente o cuando menos de buena calidad. Pues si en aras de una celeridad que inclusive podría ser mal entendida se estuviera produciendo una justicia de mala calidad, es preferible sacrificar esos afanes y continuar con la escritura, que meditando en el perfeccionamiento del proceso escrito, sí es posible conseguir esa celeridad (20).

F) DISGREGACION DE LOS ACTOS PROCESALES.

Las cuestiones previas y las incidentales tienen su propia resolución que inclusive puede ser apelada. A veces ello se usa por las partes tan sólo para atrasar el procedimiento. Sin embargo, en nuestro sistema se atenúa un poco esta situación con los incidentes que se reservan para ser resueltos en el fallo: hechos nuevos, documentos presentados con posterioridad a la demanda y contestación en los supuestos de la ley, y las tachas de los testigos.

En cambio, en el proceso oral, esas cuestiones previas e incidentales se concentran en la audiencia y se resuelven allí, pudiendo inclusive, la cuestión incidental hacer ineficaz el fondo del asunto y entonces resolviendo la cuestión incidental se omite pronunciamiento en cuanto al fondo.

Por ejemplo, ¿no sería posible que una excepción de prescripción o de cosa juzgada, en nuestro sistema escrito se transformen en excepciones de previo pronunciamiento, y no como están construidas actualmente, que se resuelven en el fallo quizás para declararlas con lugar habiéndose desperdiciado un tiempo precioso?

G) CONCENTRACION.

El principio de concentración tiende al establecimiento de medidas para acelerar el proceso, concentrando sus actividades en un espacio de tiempo lo más corto posible, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el del contenido del proceso.

Se bifurca en dos direcciones: una referente a la concentración de las actuaciones procesales y otro referente a la concentración del contenido del proceso.

La primera de ellas, (actuaciones procesales) tiene una faceta personal, esto es, el problema de si las actuaciones han de quedar encomendadas desde el principio a un sólo juez, o si han de distribuirse entre un juez instructor y un colegio, y la otra es la referente a los plazos.

En cuanto a lo primero, es evidente que de existir un juez instructor (actuario judicial) la tramitación se desenvolverá con mayor rapidez, pero se topa con el problema de las apelaciones de las interlocutorias que implican un ir y venir del proceso, apelaciones que en muchos casos las partes las interponen con el premeditado fin de atrasar la tramitación. Ese atraso ocasionado por ese motivo, es obvio, también se producirá aunque haya un único juez.

El problema más bien radica en el procedimiento y en cuanto a los plazos concretamente, los legales deben ser cortos y los judiciales deben ser establecidos por el juez teniendo siempre en mira la celeridad en el procedimiento. Para obtener ese acortamiento de los plazos debe establecerse en la Ley el principio de improrrogabilidad de ellos, con la posibilidad de su acortamiento, no de su extensión por las partes. En el proceso escrito se puede llegar a una celeridad disminuyendo plazos tanto en cantidad como en duración.

Otra causa es de carácter orgánico, es decir, la cantidad de asuntos que deben atenderse en los tribunales, y que en muchos casos son motivo para retrasos; en este supuesto serán las estadísticas las que determinarán si realmente el retraso se debe o

(20) En cuanto a este aspecto de la celeridad, concretamente en el año 1893, Wach suministra datos estadísticos en nota 138, páginas 52-53, cita hecha por Cappelletti en "La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil". Así como también en 1968, págs. 53-54 de la obra citada.

no a la cantidad de procesos que deben estudiarse y decidirse. Pero, la concentración si bien debe ocurrir a través de todo el proceso, debe manifestarse en su plenitud en la fase probatoria aún cuando se trate de proceso escrito, porque, ni siquiera una excelente protocolización de los medios probatorios es más eficaz que una buena concentración de los términos probatorios. La posibilidad de promover suspensiones y aplazamientos debe limitarse a causas taxativas y determinadas. La posibilidad de acumular pretensiones y procesos es otro motivo que favorece la concentración.

G-1) CONCENTRACION DEL CONTENIDO.

Deben repelarse las alegaciones que tiendan evidentemente al retraso en la tramitación. Ejemplo: incidentes evidentemente impertinentes.

En cuanto a los recursos: la Casación es limitada. La apelación en cambio es diferente según los países. El proceso debe concentrarse en la primera instancia porque de lo contrario, habrá una repetición de las actuaciones, nuevas alegaciones, nuevas pruebas, nuevas excepciones, en resumen, una duplicación del procedimiento. La apelación debe limitarse a un examen de la instancia inferior sobre la base de la sentencia dictada. En esta forma quedará disminuido el ámbito del procedimiento de apelación. Ello se consigue con una buena protocolización, pues con ello todo el material queda apto para ser utilizado en la segunda instancia. Para conseguir esto debe además producirse un cambio de mentalidad en jueces y abogados para hacerlos pensar que cuando ya hay una sentencia de primera instancia ya no hay posibilidad de alegar nuevos hechos ni de aportar nuevas pruebas; es preciso que los justiciables tengan conciencia de que el asunto termina en la primera instancia.

H) PUBLICIDAD.

Hemos dicho que en el proceso civil se debaten intereses de orden privado y que debe mantenerse y defenderse el principio dispositivo por ser las partes quienes están realmente enteradas de cómo se ha realizado la relación jurídica existente entre ellas. Pero también es cierto que a la sociedad en general le interesa la forma de cómo se administra la justicia, lo que se demuestra con la conmoción que produce un determinado fallo de un juez, o bien una mala actuación de un juez fuera de un proceso. Desde luego que el régimen republicano obliga a que la justicia sea administrada en forma pública, para que la opinión pública pueda ser un medio de control de los órganos jurisdiccionales y establecer, si fuere necesario, la responsabilidad de los titulares de dichos órganos.

La publicidad es un complemento de la Oralidad, y sirve para divulgar los conceptos jurídicos a toda la sociedad. Desde ese punto de vista la publicidad constituye un medio educativo en cuanto a lo jurídico.

No hay que confundir publicidad con espectacularidad, como no debe confundirse Oralidad con oratoria.

Entre nosotros existe una publicidad relativa, puesto que los expedientes no pueden ser consultados sino por quienes la Ley taxativamente dispone.

Artículos 9 y 140 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Contradictoriamente, el artículo 243 del C.P.C. establece la publicidad para las audiencias de prueba, que luego los artículos 260 párrafo final y 307 párrafo 2 ibídem, se encargan de disponer la privacidad para las diligencias de confesión y testimonial. Prevalece desde luego, la privacidad.

Entonces, la publicidad es un requisito de forma, cuyo fin es poner al alcance de los ciudadanos la actividad judicial, darles ocasión de conocerla y con ello infundirles confianza en la administración de justicia. Ello se puede conseguir, como es obvio, con la Oralidad puesto que con ello el procedimiento se simplifica. En cambio, con el procedimiento escrito, la publicidad total es imposible porque para que ella se produzca se haría a través de la lectura de las actuaciones, lo que impediría la fácil comprensión por parte del ciudadano luego por el tecnicismo que impera en la escritura, concretamente, en la diferencia que existe entre el léxico jurídico y el léxico corriente.

En la L.E.C. se establece la publicidad general para los actos de prueba y para las vistas. Estos dos supuestos están establecidos pues por disposición taxativa de la ley. Pero también existe una facultad de cualquiera de las partes, consistente en que se puede solicitar al juez la publicidad de los otros trámites ordinarios, sin que en este caso sea facultativo para el juez denegar la gestión. Impera entonces en España la publicidad total con cierta atenuación en cuanto a los trámites ordinarios, salvedad hecha de los actos de prueba y las vistas. Hay vista en segunda instancia de todos los asuntos civiles, pero en primera existe la disposición del artículo 318 ibídem en la que se dispone, que los jueces de primera instancia verán por sí mismos los pleitos y actuaciones para dictar autos y sentencias. En España la publicidad ilimitada en cuanto a actos de prueba se excluye en lo referente a

prueba testimonial y confesional cuando esas pruebas deban ser recibidas en el domicilio o casa de habitación del confesante o testigo. La razón que ha imperado es evitar la violencia posible que pueda suscitarse entre los contendientes. Artículos 591 y 655. Pero hay una diferencia notoria en el caso de confesión y el del testimonio. En el primero la L.E.C. prohíbe la concurrencia de la parte contraria, teniendo derecho a ver después la confesión para que pueda pedir, dentro del tercer día, que se repita para aclarar algún punto dudoso sobre el cual no haya sido categórica la contestación. En cambio, tratándose de prueba testimonial, queda al arbitrio del juez permitir la concurrencia de las partes y sus defensores; en este caso, se enterarán de la declaración en la Secretaría del Juzgado.

Entre nosotros, si bien en principio se establece que las diligencias de pruebas se recibirán en audiencia pública, artículo 243 del C.P.C., luego la misma Ley dispone que tanto la confesional como la testimonial se celebrarán tan sólo con la concurrencia de las partes y sus defensores. Artículos 260 párrafo final y 307 párrafo 2 ibídem. Entonces, entre nosotros, cuando es necesario practicar confesión o testimonio en la casa de habitación en alguno de los supuestos que la misma Ley prevé, puede, en el primer caso asistir la parte contraria, y en el segundo ambas partes, así como en ambos casos sus defensores, pues en ese aspecto nuestro Código Procesal Civil no hace las excepciones que sí ha establecido la L.E.C. En los casos mencionados, nuestra Ley conserva la amplitud de la publicidad en esos actos de prueba celebrados en la casa de habitación tanto del confesante como del testigo, limitada desde luego a las partes y sus defensores. Artículos 262 y 312 del C.P.C.

Entre nosotros es permitida la publicidad general entratándose de las vistas en materia civil (recurso de casación y responsabilidad civil). Artículos 916 del C.P.C. reformado por Ley número 3917 de 8 de agosto de 1967, y 978 ibídem. La diferencia entre ambos es que en recurso de casación la vista se hace a solicitud de parte y en responsabilidad civil es trámite obligado. Si al formular el recurso de casación se pide la vista, no puede renunciarse. Pero también entre nosotros es facultativo para el Tribunal, en los casos citados, ordenar que la vista se haga a puerta cerrada, cuando razones de orden moral y de decoro así lo determinen. Artículos 56 y 58 del C.P.C.

Opinamos que la publicidad, como complemento de la Oralidad, no es un principio que pueda contribuir a una mejor administración de justicia, pues si la Oralidad no es susceptible de poder manifestarse en toda su pureza en las tres fases de la cognición y constituye en lo civil un aspecto de carácter técnico-jurídico ya mencionado. De manera que no se justifica la existencia de una lucha por el establecimiento de la publicidad absoluta o total en el proceso civil, bastando con mantener el estado de cosas actual, es decir, una publicidad relativa.

I) MOTIVACION.

Es el signo de la racionalización de la justicia. El juez no se limita a decir que declara con lugar o sin lugar la demanda, las excepciones o la contrademanda desde su posición elevada puesto que el juez jurídicamente está en un plano superior a las partes, sino que con la Motivación el juez desciende a la posición de las partes y al mismo tiempo que ordena o que resuelve, le explica a las partes la razón, el motivo de dicha orden.

La Motivación es entonces la justificación tendiente a persuadir a las partes de que la sentencia está bien dictada. Entonces, cuando la justicia dejó de ser conceptuada como una manifestación de la divinidad y por el contrario se le cataloga como una manifestación humana, entonces el hombre siente la necesidad de dar razones humanas también para declarar la justicia a los hombres; ya la justicia no es una decisión infalible e indiscutible, sino palabra humana que puede ser discutida. La motivación constituye la parte razonada del fallo para demostrar que el fallo es justo y por qué razones es justo, con el fin de persuadir a la parte vencida de que la sentencia que le condena ha sido el resultado de un razonamiento meditado y no producto de la improvisación y la arbitrariedad. Esto es lo que se llama la Motivación como justificación lógica de la sentencia.

Pero también la Motivación tiene otra finalidad además de la finalidad psicológica y de persuación, y es la de colocar a las partes en condición de descubrir si en el razonamiento llevado a cabo por el juez hubo algún error que justifique el establecimiento de la impugnación. El justiciable se introduce, podríamos decirlo así, en el pensamiento del juez para poder controlar si hubo o no algún error de parte de éste que amerite el ejercicio de alguno de los medios de impugnación. Con la Motivación se pueden revelar los errores del juzgador.

Distinto ocurre con los fallos no motivados de los jurados; y como en ellos no existe la Motivación, entonces no es admisible la impugnación porque para ello debe existir una crítica y una cen-

sura del acto que se impugna, lo que no es posible si no se conocen las razones en las que se fundamenta el acto. En este sistema los razonamientos quedan encerrados en sus mentes y conciencias; no se exteriorizan.

I-1) CRISIS DE LA MOTIVACION.

Cuando las leyes corresponden a una realidad social determinada, esto es, no son normas envejecidas ni desactualizadas y son acatadas por la mayoría de la opinión pública porque concuerdan con el sentimiento popular, el juez al aplicar dichas leyes se identifica espiritualmente con el legislador.

Pero, cuando la ley ha envejecido, o sea, no concuerda con la realidad social y el juez se encuentra en la obligación de aplicarla considerándola socialmente injusta, ocurren dos situaciones: o el juez aplica la ley aunque la considera injusta realizando el aforismo dura lex sed lex y toma dicha ley sin juzgarla, o el juez, como hombre de carne y hueso y con sensibilidad social juzga dicha ley. Si el juez aplica una ley que considera injusta, acallando la valoración moral y política que le proviene de la conciencia, entonces lo que hace ese juzgador es aplicar mecánicamente la ley a la cual interiormente no le tiene confianza. En ese supuesto el juez está cumpliendo con su cargo, pero no está dando vida al derecho, el cual precisamente se robustece con los fallos de los jueces. La ley se convierte entonces en una fórmula árida, y la Motivación en una actitud de hipocresía. Pero puede ocurrir también que el juez en las consideraciones dé a entender que por conformismo ha resuelto en un determinado sentido, no obstante estar plenamente convencido de que su decisión es injusta, con la esperanza de que sea reformada en apelación. A estas situaciones patológicas se les denominan por la doctrina "sentencias suicidas" (21).

En países sacudidos por profundas convulsiones sociales y políticas, ha habido casos en que los jueces han transformado la Motivación en una tribuna electoral mediante la cual desahogar sus resentimientos de hombres de partido (sentencias polémicas) (22). Ello es susceptible de producirse en regímenes totalitarios, pero no en el sistema democrático que es un sistema dinámico, en donde hay un continuo esfuerzo de superación; entonces, en este sistema, la Motivación no puede caer en crisis porque de la independencia del juez nacerá la interpretación o integración del derecho que producirá la jurisprudencia, dando como resultado un robustecimiento de aquél.

Como ejemplos, las diversas interpretaciones a la norma referente a apremio corporal; a la jurisprudencia establecida antes del Código de Familia en cuanto a cuál cónyuge se encomendaba la patria potestad no obstante haber sido el Código Civil tajante en ese sentido.

J) PRUEBA.

Prueba es acción y efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

Los problemas que tenemos que analizar son:

¿Qué es la prueba? (concepto)

¿Qué se prueba? (objeto de la prueba)

¿Quién prueba? (carga de la prueba)

¿Cómo se prueba? (procedimiento probatorio)

¿Qué valor tiene la prueba producida? (valoración de la prueba) (23).

CONCEPTO.

Los hechos y los actos jurídicos son afirmados o negados en el proceso. Entonces, **la prueba es un medio para verificar las proposiciones que los litigantes hacen en el proceso.** En el proceso civil el juez no es un investigador, sino un verificador. En el proceso civil el juez no conocerá en principio otra prueba que la que le suministren los litigantes; al punto de que en la mayoría de los procesos en los cuales el demandado reconozca la pretensión del actor, el proceso en realidad ha terminado y el juzgador debe proceder a dictar sentencia, sin necesidad de más prueba ni más trámite. Hay que hacer no obstante la salvedad de aquellos procesos en los que existe un interés social (derecho de familia) en los cuales la confesión no es aceptada co-

(21) Calamandrei, Proceso y Democracia, pág. 142.

(22) Calamandrei, ob. cit., pág. 143.

(23) Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 216.

mo única prueba; pero de todos modos en estos tipos de proceso, el juez tampoco se convierte en investigador, sino que en definitiva siempre serán las partes las que suministrarán al juez los medios de prueba necesarios en el proceso. **Este punto de vista se relaciona con el juez.**

Pero viendo el problema **desde el sitial de las partes, la prueba constituye una forma de hacer nacer la convicción del juez.**

Hay una similitud entre la prueba jurídica en lo civil y la prueba matemática: consiste en una operación para verificar la exactitud o el error de otra operación anterior. Es, en definitiva, *"los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria)"* (24).

OBJETO DE LA PRUEBA.

Este aspecto alude al problema de qué se prueba, o qué cosas deben ser probadas.

Debe hacerse un análisis de cosas que están en la realidad de la vida las cuales pueden ser unas susceptibles de ser probadas y otras no. En primer lugar tenemos a la ley; ésta no necesita ser probada porque la misma se presume conocida con fundamento en el principio iura novit curia. La única ley que sí amerita entre nosotros su demostración es la ley extranjera, por disposición expresa del artículo 11 del Código Civil. Ello es así porque la presunción de conocimiento está dirigida hacia la ley nacional y con relación a todos los habitantes del país; así lo dispone el artículo 1 párrafo 2 ibídem. De manera que no existe ninguna regla jurídica que establezca una presunción de conocimiento de la ley extranjera. La prueba de ella debe hacerse mediante informes oficiales.

La costumbre, en aquellos casos en que es fuente de derecho debe ser demostrada y para ello sirve cualquier medio de prueba. Tal es la disposición contenida en el artículo 3 del Código de Comercio, el cual resulta más amplio que el Código Civil puesto que en éste existe, por el contrario, la norma contenida en su artículo 12 en virtud de la cual se impide que contra la ley se alegue costumbre o práctica en contrario. En el derecho civil lo procedente será tomar esa costumbre y transformarla en ley a través del órgano estatal encargado de promulgarlas, esto es, la Asamblea Legislativa. Sin embargo, buena parte de la doctrina del Derecho Mercantil admite que en defecto de prueba de la costumbre aportada por las partes, puede el juez hacer la investigación correspondiente por sus propios medios, a fin de determinar si realmente existe o no la costumbre invocada. Repetimos, en nuestro derecho comercial la costumbre debe ser objeto de prueba siendo ello inadmisible en materia civil.

Quedan entonces, como objeto de pruebas, los hechos; pero en cuanto a ellos deben hacerse excepciones, siendo la primera la relativa a los hechos controvertidos. Es decir, la prueba debe referirse a los puntos objeto de debate al punto de que las que se ofrezcan sobre aspectos no discutidos serán rechazadas. La prueba versará entonces sobre los hechos que han recibido de las partes proposiciones contradictorias, afirmaciones y negaciones. En conclusión, los hechos no impugnados, no son objeto de prueba. Al hablar de hechos controvertidos debemos referirnos como imperativo lógico a los hechos admitidos, es decir, a aquellos hechos que no han sido impugnados por el adversario. Estos hechos admitidos quedan excluidos del contradictorio. En ello priva el principio de la economía procesal, pues a nada práctico conduce que se obligara a probar lo que ha sido admitido, siendo más bien beneficioso para los fines del proceso obtener éstos con el mínimo de actuaciones. Con ello se economiza tiempo, dinero y energías mentales. Un gasto inútil se produciría dándose la solución contraria.

Esa admisión de los hechos no sólo puede ser expresa (contestación afirmativa), sino también tácita; pero esta aceptación tácita en cuanto al problema que nos ocupa no se refiere a la contestación en rebeldía, a la que nos referiremos más adelante, sino a la demanda no impugnada por imposibilidad jurídica o material de hacerlo. En estos casos se comprenden la contestación hecha por el curador ad lítem del demandado ausente, o la contestación hecha por la sucesión respecto a hechos del causante, o del curador por los hechos del quebrado; en estos casos es obvio el desconocimiento de los hechos por parte de quien contesta la demanda llamándose por ello respuesta de expectativa; en esos supuestos el actor debe producir totalmente la prueba puesto que a él incumbe hacerlo.

Tratándose del rebelde, la apertura a pruebas debe hacerse porque si bien la rebeldía en sí es una sanción, lo cierto es que al rebelde no se le sancio-

---

(24) Nueva teoría de la prueba. Antonio Dellepaine, pág. 7.

na con la imposibilidad de ofrecer pruebas, antes bien, por disposición expresa del artículo 213 del C.P.C., puede comparecer en cualquier tiempo pero tomará el proceso en el estado en que se halle. Privar al rebelde de la posibilidad de ofrecer prueba sería desnaturalizar al principio de la recíproca oposición o del contradictorio. En el artículo 227 ibídem se establecen los supuestos en los cuales no hay necesidad de abrir a pruebas, entre los cuales no se cuenta el caso del artículo 228; antes bien, el párrafo 1 dispone que *"tenida por contestada la demanda... el juez abrirá a pruebas el juicio"*.

El artículo 227 se refiere expresamente a los casos de los artículos 222 y 226, que no son los de rebeldía. Aún más, el artículo 96 establece la obligación de notificar en determinada forma al rebelde el auto que abre a pruebas. De modo que la solución en nuestro derecho es en el sentido expuesto. Así lo ha considerado la resolución número 3 de 9:10 hrs. del 5 de enero de 1965 de la Sala Primera Civil. En conclusión, los hechos admitidos tácitamente sí son objeto de prueba, así como los controvertidos, pero no lo son los hechos admitidos expresamente, salvo cuando la ley dispone lo contrario.

Ahora bien, dentro del grupo que comprende los hechos controvertidos existen también excepciones a la obligación de probarlos. Nos referimos a los **hechos presumidos por la ley, a los hechos evidentes, y a los hechos notorios.**

HECHOS PRESUMIDOS POR LA LEY.

Cuando la ley dispone la verdad de un hecho, estamos en presencia de una presunción. Así, no es necesario probar que un particular conoce la ley porque ella misma dispone que nadie puede alegar ignorancia de la ley debidamente publicada (artículo 1 párrafo 2 del Código Civil), tampoco es menester probar que el hijo nacido dentro del matrimonio en los supuestos legales es legítimo, ni tampoco que una finca está libre de servidumbres (376 C. Civil); todas esas situaciones las presume la ley, de modo que lo que sí es materia de prueba serán las circunstancias contrarias. Esta prueba en contrario es relativa a las presunciones juris tantum o relativas; pero hay otras presunciones que por no admitir prueba ni en un sentido ni en otro se las denominan absolutas. Como ejemplo, citamos la cosa juzgada. En ese supuesto no es admisible probar ni que la sentencia está equivocada ni tampoco que no lo esté.

Entonces, en las presunciones relativas el hecho presumido no necesita prueba: el hecho de ser hijo legítimo, el hecho de la ausencia de servidumbres de los fundos. En estos casos lo que debe probarse es el hecho en el cual la presunción se fundamenta. Así, para que funcione la presunción de legitimidad del hijo basta probar el matrimonio; para probar la cosa juzgada basta demostrar la existencia del fallo firme dictado en proceso tramitado entre las mismas partes, por el mismo objeto y con la misma causa. Esta solución nos la da la legislación patria en el artículo 759 del Código Civil. También cuando una cosa pública ha entrado en el comercio de los hombres. Artículo 262 del Código Civil.

HECHOS EVIDENTES.

No admiten prueba los hechos evidentes tales como que en esta época del año estamos en el invierno, que la luz del día favorece la visión de las cosas y la noche las dificulta. En estos supuestos es el juez mediante un proceso psicológico el que en realidad viene a suplir el acto probatorio de una u otra parte. Entonces, la prueba de ese hecho evidente nace de la misma mente y experiencia del juez. Por ejemplo, si un automóvil corre a 120 km. por hora, en el estado actual de cosas, es imposible pensar siquiera que dicho vehículo yendo a esa velocidad pudiera frenar en un espacio de dos metros. Pero, pudiera suceder que en el futuro sí pudiera ocurrir eso. Entonces, actualmente no es necesario demostrar la imposibilidad de que ese vehículo frené en un espacio de terreno tan pequeño; ello es un hecho evidente. Pero esos hechos evidentes pueden en un determinado momento y lugar desaparecer: por ejemplo en la antigüedad no era posible pensar que una misma persona pudiera estar el mismo día en Roma y en Atenas, lo que hoy sí es posible debido al adelanto de la aviación. Como dijimos antes, también la imposibilidad de que un automóvil frene en un espacio de dos metros yendo a una velocidad de 120 km. por hora, puede ser factible de todo lo contrario en el futuro. Pero, precisamente porque el tecnicismo avanza, se pueden destruir esos hechos evidentes, en cuyo caso en casos concretos deberá permitirse prueba de lo contrario de lo que informan los hechos evidentes. Lo contrario sería ir contra el avance de la civilización y del progreso.

Entonces, los hechos que se producen en condiciones normales, esto es, los hechos que normalmente se producen con generalidad, no son objeto de prueba. Los hechos contrarios a los normales sí lo son; así, quien afirme que la luz diurna dificulta

la visibilidad y que en la noche se facilita, o que una casa nueva y con buena construcción está amenazando con derrumbarse, o que el consentimiento se obtuvo mediante dolor, violencia o error, son hechos que por no darse normalmente en la sociedad sí deben ser demostrados. El no probar los hechos normales se fundamenta en la lógica y en el normal conocimiento de la vida y de las cosas, es decir, en máximas de experiencia que constituyen el saber privado del juez que él mismo puede mencionar en su sentencia.

HECHOS NOTORIOS.

También quedan fuera de la prueba los hechos notorios. La Notoriedad no equivale a generalidad. Un hecho puede ser notorio y sin embargo no ser conocido de todos, conocimiento parcial que no le quita, desde luego, su carácter de notorio. Por ejemplo, el aumento en el costo de la vida, el nombre de los ríos de Costa Rica, los oceános que bañan sus costas. Como la Notoriedad no es generalidad, un hecho puede ser notorio para un grupo de hombres de una misma sociedad y no serlo para otro grupo. Por ejemplo una feria del libro será un hecho notorio para los hombres de una determinada ciudad, pero no para los hombres del campo. Entonces, los hechos notorios son aquellos que ingresan en el conocimiento, cultura e información normal de un grupo de individuos de un determinado lugar o círculo social, y en un momento determinado, es decir, en el momento de la decisión o el fallo.

Sin embargo, cabe hacer la aclaración de que sí es menester de prueba cuando la ley establece la Notoriedad como un elemento decisivo en el derecho; por ejemplo, la posesión notoria de estado, la notoria mala conducta, etc. En estos casos sí debe probarse la Notoriedad porque ella constituye el contenido del derecho invocado y entonces debe determinarse legalmente su existencia o inexistencia. En consecuencia, la Notoriedad responde al principio de economía procesal, así como a evitar que la justicia ignore jurídicamente lo que los demás conocen.

Determinados los hechos sobre los cuales debe versar la prueba, ésta resultará pertinente o impertinente, admisible o inadmisible. La prueba pertinente es aquella que recae sobre hechos que necesitan de ello, esto es, los hechos controvertidos, los establecidos como básicos de una presunción legal, los hechos contrarios a los hechos evidentes, y los notorios cuando esa Notoriedad sea tan sólo parcial. La prueba que se ofrezca en cuanto a este elenco de hechos es entonces pertinente y en consecuencia debe ser admitida en la fase correspondiente del proceso. Será impertinente entonces la prueba que se ofrezca sobre hechos admitidos expresamente por ambas partes, o sobre hechos que no son objeto de debate, o sobre hechos comprendidos en una presunción legal, o sobre hechos evidentes, o sobre hechos notorios cuando esta Notoriedad sea general o que, aunque parcial, dicha Notoriedad es del conocimiento del juez.

La admisibilidad se refiere a la eficacia o idoneidad del medio de prueba aportado por las partes. En este supuesto, resulta admisible la prueba testimonial cuando se trate de demostrar hechos puros y simples, cuando se trate de probar un acto jurídico por suma no superior a doscientos cincuenta colones, o cuando su objeto, si bien es superior a esa suma, exista un principio de prueba por escrito, o cuando fue imposible al interesado obtener prueba documental, o cuando ésta se perdió por caso fortuito. En los supuestos contrarios la testimonial resulta inadmisible. Artículos 752, 753, 757 del Código Civil. Cuando un objeto exceda de doscientos cincuenta colones, si el interesado renuncia al exceso, será admisible la testimonial; y cuando los pagos parciales de una deuda ascienden juntos a más de ese límite, no se puede comprobar con testigos sino hasta la concurrencia de esa suma. Artículos 754 párrafo 2 y 755 del Código Civil. De este modo, resulta también inadmisible el documento privado que no ha sido reconocido en juicio por la persona de quien emana, la prueba confesional que no verse sobre hechos personales del confesante, la inspección ocular cuando no haya huellas o rastros que observar, ni la pericial cuando no haya un aspecto técnico que sea necesario analizar en el proceso, o bien cuando en ese aspecto técnico el juez tenga conocimientos suficientes. Artículos 251 párrafo 1, 301, 284 del C.P.C. Admisible será la prueba de indicios o presunciones, en los casos en que sea admisible también la testimonial, e inadmisible en el caso contrario. Artículo 763 del Código Civil.

Entonces, la pertinencia o impertinencia de la prueba recae sobre el objeto de ella; la admisibilidad o inadmisibilidad, sobre la eficacia del medio aportado.

El problema que se presenta en relación con este tema, de orden práctico, es si en presencia de una prueba impertinente o inadmisible, el juez puede denegarla interlocutoriamente, o si por el contrario, debe recibirla y pronunciarse sobre esos aspectos hasta el momento de dictar el fallo. Cou-

ture opina que el aspecto que debe reservarse para el fallo es la pertinencia o impertinencia de la prueba y no su admisibilidad. De manera que si en un proceso se ofrece una prueba testimonial para demostrar un hecho que no ha sido invocado, el cual, de haber sido invocado merecería una prueba pericial y no testimonial, entonces, existen los dos problemas, el de la impertinencia por tratarse de un hecho no discutido; y el de la inadmisibilidad, porque el medio ofrecido no es apto; en el pensamiento de Couture el juez deberá desechar la prueba pero por razones de inadmisibilidad y no por razones de impertinencia.

¿Cómo resuelve el problema nuestra legislación procesal?

El artículo 230 del C.P.C. impone al Juez la obligación de prevenir a las partes el no ofrecimiento de pruebas sobre hechos reconocidos y admitidos por las partes, salvo los hechos admitidos tácitamente, ni tampoco respecto a hechos no invocados en la fase de intercambio de escritos, esto es, demanda, contestación, reconvención y réplica, o en los escritos de contestación del traslado previsto en el artículo 226, o sea el traslado de cuatro días respecto a hechos de influencia en la decisión de la litis, no invocados en la demanda, y los cuales se mencionan en la contestación sin que ésta contenga reconvención. De modo que, para la recepción de la prueba, el Juez debe establecer a las partes esa prevención, y en el caso de que las partes incumplan esa prevención, operará lo dicho en el artículo 242 ibídem; pero esta última norma, además de establecer el rechazo de las pruebas que se ofrezcan en contradicción con lo dicho en el numeral 230 citado, dispone que también se repelerán de plano las pruebas que no conduzcan razonable o jurídicamente al objeto que se propone el debate, las que choquen con las normas legales, y todas las demás que a juicio del juez sean inútiles o impertinentes. Una prueba que no conduciría razonablemente al objeto propuesto en el debate sería por ejemplo la relativa a un hecho evidente o a un hecho notorio conocido por el juez, la no conducción jurídica resultaría de una prueba relativa a demostrar una presunción legal.

Es evidente que este rechazo previsto en estas primeras hipótesis se refiere a la impertinencia de la prueba puesto que no sólo lógicamente sino que también expresamente la ley lo dice, se relacionan con el objeto de la prueba y no con la eficacia del medio aportado. Pero, al decir esa misma norma "las que choquen con las normas legales" ya este aspecto se está refiriendo a la inadmisibilidad de la prueba; no se refiere al choque legal que habría con lo dispuesto en el artículo 230 C.P.C., sino al que se produciría en cuanto a la esencia del medio probatorio. Así, una testimonial para demostrar un contrato por una suma superior a doscientos cincuenta colones; es evidente aquí el choque legal que se produce entre la norma contenida en el artículo 752 del Código Civil y el medio probatorio. Y al decir el resto de la norma "y todas las demás que sean inútiles o impertinentes", vuelve la ley a referirse a la impertinencia de la prueba, esto es, al objeto de la prueba. Pero, el último párrafo de la norma comentada, deja al criterio del juez la admisión de pruebas cuando haya efectiva duda sobre ello, reservándola para apreciar su valor en sentencia.

Para nosotros es evidente que la construcción que el legislador dio a los artículos 230 y 242, en cuanto al rechazo forzoso, se refiere a la pertinencia y no a la admisibilidad, porque el rechazo de las mismas sobrevendrá por no referirse ellas al objeto propuesto en el debate, a cuyo aspecto el 242 se pronuncia expresamente; es en cuanto a la admisibilidad, esto es, en cuanto a la eficacia del medio probatorio propuesto, en donde el juez tiene la facultad, en casos de evidente duda, de admitir la prueba y reservar para el momento del fallo su apreciación.

Desde luego que en ambos casos hay peligros; si una prueba es rechazada interlocutoriamente, sea por impertinencia o por inadmisibilidad, podría producirse un prejuzgamiento porque en ese momento procesal el juez no tiene aún suficiente conocimiento del asunto; si se permite que los litigantes se salgan del marco establecido, se producirá un papel absolutamente pasivo del juez, una actividad procesal absolutamente inútil, todo lo cual contradice el principio de economía. Para remediar un posible perjuicio, la ley ha establecido el recurso de apelación para aquellas resoluciones en las que se rechace prueba, existiendo entonces la posibilidad de que el Superior corrija la equivocación del juez inferior en beneficio del proponente, y consiguientemente de la administración de justicia. Y además, como una segunda solución, la posibilidad de que el juez, ya en puertas del fallo, ordene para mejor proveer, la prueba que en la fase correspondiente rechazó "por extemporáneas o inadmisibles". Artículos 247 párrafo 2 y 335 párrafo 4 del C.P.C.

Es también evidente, al relacionar las normas comentadas, que la última norma citada se refiere expresamente a pruebas rechazadas por extempo-

ráneas o inadmisibles; no está comprendiendo a las pruebas impertinentes, con lo cual se concluye en que en nuestro sistema el rechazo interlocutorio sobreviene tanto por impertinencia como por inadmisibilidad, y que la facultad del artículo 335 párrafo 4 se refiere a la inadmisibilidad inicial, porque a nadie podría ocurrírsele que un juez ordenaría una prueba testimonial para mejor proveer, cuando ella se refiera a un contrato por suma superior a doscientos colones; claro está que si esa prueba resultara admisible por haberse ofrecido durante la etapa probatoria un principio de prueba por escrito, ya entonces la testimonial se transformó y será facultativo para el juez ordenarla. De la exégesis de los artículos 242 párrafo final y 335 párrafo 4 resulta que la facultad del juez, tanto en la etapa probatoria como en la de para mejor proveer, se está refiriendo a las pruebas inadmisibles; en el primero supuesto para reservar su apreciación en el momento del fallo; y en el segundo, porque la prueba se tornó admisible por haber ocurrido circunstancias determinadas durante la tramitación que produjeron ese resultado y entonces la prueba será necesaria para la correcta solución. Ello es así, porque el mismo artículo impone taxativamente el rechazo de las pruebas consideradas impertinentes. No cabe en este caso una interpretación extensiva, sino declarativa.

LA CARGA.

Es el problema referente a determinar quién prueba. Esto es, cuál parte es la que está obligada a probar sus afirmaciones. O, con más amplitud, cuál de los sujetos procesales es quien tiene que aportar la prueba, si el actor, el demandado o el juez.

En el sistema dispositivo, esa carga recae en principio en las partes, y eventualmente sobre el juez. Está en el interés de cada litigante producir su propia prueba, al punto de que si ello no ocurre, ese litigante omiso será vencido. Esta carga se la quitará, si efectivamente prueba lo afirmado. La carga de la prueba es entonces, la conducta que la ley le impone a ambos litigantes de probar sus proposiciones. Carga significa desventaja, la cual se matendrá en el supuesto de que no se prueba lo afirmado. Por eso hemos dicho que esa carga se la quitará el litigante, cuando demuestre lo por él afirmado.

En dos aspectos debe analizarse la carga de la prueba: en cuanto a las obligaciones, y en cuanto a los hechos y actos jurídicos. En cuanto a las obligaciones, el actor probará los hechos que conducen a determinar la existencia de ellas; y el demandado probará lo contrario, es decir, los hechos que determinarán la extinción de aquéllas. En cambio, entratándose de hechos y actos jurídicos, ambas partes ofrecerán la prueba de sus respectivas afirmaciones.

En materia de obligaciones el actor prueba los hechos constitutivos, y el demandado los hechos extintivos. Si el actor demanda para que se declare que como consecuencia de un contrato de compraventa el demandado no le ha pagado el precio, entonces el actor debe demostrar el hecho constitutivo, es decir, el contrato dicho; pero, si el actor no prueba esos hechos constitutivos, el demandado triunfará con sólo tener una actitud pasiva porque en este caso este último no ha alegado ningún hecho extintivo. Pero si por el contrario, el demandado alega un hecho extintivo, por ejemplo el pago del precio demandado, entonces la carga se distribuye entre ambos debiendo el actor probar los hechos constitutivos, y el demandado probar los hechos extintivos.

Otro ejemplo será cuando el actor demanda para que el demandado pague una deuda, y éste aduce que no es el obligado sino la sociedad de la cual es gerente, aduciéndose a la vez por el actor que cuando se hizo el contrato la sociedad aún no estaba inscrita en el Registro Mercantil; en este ejemplo el hecho constitutivo de la existencia del préstamo y consiguientemente de la deuda corresponde probarlo al actor; el demandado probará que al momento del contrato la sociedad dicha ya estaba inscrita en el Registro Público y demás circunstancias que conduzcan razonablemente a concluir en que el contrato se hizo con ella y no con aquél; el actor probará que la sociedad al momento del contrato no estaba inscrito. En este caso, además de los hechos constitutivos y extintivos, ha sido alegado un hecho invalidativo por el actor; la no inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. La actividad probatoria corre por cuenta de cada una de las partes según sus afirmaciones. Podría agregarse aún que estando inscrita la sociedad, el contrato se hizo cuando el gerente tenía vencido su nombramiento y no había sustituto nombrado por los socios, (hecho invalidativo alegado por el actor), y el demandado alegar que sí estaba vigente dicho nombramiento o bien que había sustituto nombrado (hecho convalidativo alegado por el demandado). De manera que la experiencia nos demuestra que en esta materia los ejemplos podrían ser múltiples y complicados.

La carga de la prueba en estos casos complica-

dos que en la práctica se producen con suma frecuencia, corresponderá al litigante que se beneficie con esos hechos alegados, cuando éstos sean constitutivos o convalidativos. Lo mismo puede decirse en el otro grupo de hechos, esto es, extintivos e invalidativos; la carga de la prueba de éstos corresponderá al litigante a quien esos hechos extintivos e invalidativos benefician; o, en otras palabras, a cargo del litigante cuyos hechos constitutivos y convalidativos perjudican.

En relación con los hechos y actos jurídicos, en principio la carga de la prueba recae sobre el que afirma, pero es lo cierto que a veces una proposición negativa puede y debe ser probada, porque en el fondo, se trata de una proposición afirmativa hecha en forma inversa. Por ejemplo, cuando una parte llama a confesión a la contraria y le formula una pregunta para que diga como es cierto como lo es que él no realizó un determinado acto. En este caso, ya nuestra jurisprudencia que esa pregunta debe admitirse no obstante su forma negativa, porque lo que ocurre es que se hace una aserción negativa. Es decir, se está afirmando un hecho negativo. El problema se presenta en relación con la prueba testimonial en donde determinadas personas comparecerán a afirmar que no les consta la realización de un determinado hecho; en este caso esa prueba se analizará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 325 en relación con las otras probanzas a fin de determinar su fuerza probatoria.

EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO ¿Cómo se prueba?

Hay tres momentos fundamentales: el ofrecimiento, el petitorio y la recepción o evacuación.

El primero de ellos debe ocurrir en la demanda misma, al decir el actor que la prueba del caso la ofrecerá en la oportunidad procesal correspondiente. Realmente ese es un ofrecimiento abstracto de la prueba en general, porque particularmente en nuestra legislación procesal civil sólo la prueba documental debe ofrecerse con la demanda. De manera que el anuncio o propósito de ofrecer los otros tipos de prueba en la etapa correspondiente, no es sino un formalismo que no puede perjudicar al actor en caso de que no se cumpla. Es más, por razones justificadas puede ofrecerse prueba que no sea documental en la demanda misma y evacuarse con prontitud (testigos, peritos, inspección ocular, artículos 165 del C.P.C.).

El petitorio que así llama Couture (25) no es otra cosa que el ofrecimiento dentro de la fase correspondiente, o sea el plazo para proponer la prueba que prevé el artículo 231 párrafo 1. Ya aquí interviene el Juez como intermediario, teniendo la facultad de rechazar aquellos medios de prueba que sean impertinentes o inidóneos.

El diligenciamiento de la prueba consiste en la evacuación de la misma, o sea , el conjunto de actos procesales que es necesario observar para traer al expediente los distintos medios de prueba aportados por las partes. Entonces, ese momento se caracteriza por los señalamientos para los testigos, nombramientos de peritos, señalamientos para inspecciones oculares, etc. Ello implica una vigilancia tanto del juez como de las partes en la recepción de la prueba, al punto de que si una prueba se recibe sin intervención ilegal de la contraria, por regla general esa prueba no será válida.

VALORACION DE LA PRUEBA.

Se ha sostenido doctrinariamente que las normas que se refieren a la apreciación de la prueba son de derecho material y no de derecho procesal, por el hecho de que esas normas determinan el resultado del derecho de las partes interesadas, desde antes de que se inicie el proceso. Esa es la razón por la cual determinados medios de prueba, no todos, se encuentran regulados por normas que se encuentran situadas en el Código Civil y no en el Código Procesal. No obstante, esos medios de prueba regulados en el primero, son luego desarrollados por el segundo e inclusive en él se establecen normas para su apreciación como acontece entratándose de las pruebas pericial y testimonial. Si admitimos que la eficacia o apreciación de la prueba pertenece al derecho civil, estaríamos retrocediendo porque se estaría dando al proceso una concepción privatista de la que hoy carece, porque en ese supuesto, se estaría viendo el problema desde el punto de vista de las partes únicamente, dejando por fuera la figura del juez, que es quien en definitiva admite o rechaza prueba, y la aprecia de acuerdo con la ley, quien fiscaliza los medios de prueba durante su diligenciamiento bien haciendo

(25) Couture, ob. cit., pág. 250.

repreguntas, de oficio, bien admitiendo o rechazando las que formulen las partes, todo ello dentro de los marcos legales.

La valoración o apreciación de la prueba responde a la pregunta ¿qué eficacia tienen los diferentes medios probatorios? Es decir la influencia que cada medio de prueba tendrá en la decisión que tomará el juez. Si se siguiera admitiendo que el tema de la valoración de la prueba perteneciera al derecho material, no podríamos explicar entonces por qué podría una parte ofrecer y el juez admitir, un medio de prueba que al momento de nacer la relación jurídica no existía en la ley; el juez no puede quedar atado a los medios de prueba antiguos cuando ya existieran otros nuevos establecidos en la ley, so pretexto de que esos medios de prueba no existían al momento de constituirse la relación jurídica. Ello demuestra que estas normas, por su propia naturaleza, son de aplicación inmediata precisamente por ser de orden procesal, es decir, pertenecen al derecho público y no al derecho privado. Estas normas referentes a los medios de prueba son de carácter propiamente procedimental, y por lo tanto, no perjudican el derecho de defensa en juicio, por cuya razón se aplican de inmediato.

En cuanto a la disponibilidad de los medios de prueba, éstos están establecidos previamente por el legislador; pero ¿podría admitirse un medio de prueba no establecido expresamente? Para Couture (26) es necesario que se admitan porque lo contrario sería ir contra la ciencia y contra el derecho; simplemente, lo que ocurre es que esos nuevos medios de prueba deben asimilarse a los preestablecidos. Por ejemplo, la impresión dactiloscópica para suscribir documentos de analfabetos, la fotografía y la radiografía se asimilan a la documental, y esta última tiene también visos de prueba pericial. Para el autor citado, la enumeración de los medios de prueba no es taxativa sino simplemente enunciativa, y entonces tanto el juez como las partes pueden acudir a medios de prueba no previstos en la ley, siempre que queden encuadrados dentro de los medios preestablecidos.

Unos medios de prueba suponen un contacto directo del juez con los objetos o las cosas; otros, a falta de ello, deben someterse a una especie de representación o reconstrucción de esos objetos o cosas. Así tenemos que la inspección ocular, es el medio por excelencia de contacto inmediato con aquéllos; y la representación o reconstrucción se puede hacer mediante documentos, o mediante las personas, prueba documental, confesional, testimonial y pericial. También el medio de prueba puede resultar por deducción, esto es, la prueba indiciaria que en algunos casos proviene de la ley, (presunción legal), en otros del juez (presunción de hecho o de hombre) y en otros inclusive de los peritos; entre nosotros la prueba de presunciones sólo es admisible cuando lo sea la testimonial.

En cuanto a la eficacia, existen tres sistemas de apreciación de la prueba: el de la prueba legal, el de la libre convicción y el de la sana crítica. El primero es aquel sistema en que la ley por anticipado da al juez el grado de eficacia de que goza determinado medio probatorio. Ejemplo entre nosotros, la confesión pura y simple, los documentos públicos no argüidos de falsos, los documentos privados reconocidos, la inspección ocular. El segundo, la libre convicción, el juez puede quedar convencido tanto con la prueba de autos, como con prueba fuera de los autos, y aún contra la prueba de autos.

En el primero hay un excesivo rigorismo y en el segundo una absoluta incertidumbre. De esos dos extremos, ha nacido un sistema que para Couture es intermedio entre ambos y que para Alsina no lo es, sino que para este último en primer lugar el juez debe aplicar la regla legal y en ausencia de un texto legal apreciará la prueba según su criterio, pero no un criterio arbitrario, sino su criterio según los principios de la lógica y las máximas de la experiencia; es decir, de acuerdo con las reglas del correcto entendimiento humano, variable en el espacio y en el tiempo. La libre convicción no necesita apoyarse en hechos probados, pues basta que se apoye en circunstancias que le consten al juez por su saber privado. Por ejemplo, si por conocimiento personal el juez está enterado de un determinado hecho que no fue probado por otros medios en el proceso. De acuerdo con este sistema, el juez puede tener por probado ese hecho.

En nuestro sistema, la sana crítica ha sido establecida para las pruebas testimonial y pericial.

El sistema aceptado por los autores citados es el de la sana crítica, porque como dijimos, no tiene el excesivo rigorismo de la prueba legal que puede conducir a decisiones contrarias al convencimiento

(26) Couture, ob. cit., págs. 262-263.

del juez; ni tampoco tiene la excesiva incertidumbre de la libre convicción que puede hacer incurrir al juez en arbitrariedades e injusticias.

El sistema de la prueba legal tiene que ser rechazado, porque tendiendo la prueba a hacer nacer la convicción del juez en cuanto a la existencia o inexistencia de un dato determinado, al obtener el resultado realmente se está prescindiendo de esa convicción sustituyéndola por una norma legal. Entonces, no es la convicción del juez realmente hablando lo que impera, sino la norma jurídica. Concuerda Jaime Guasp (27) con el pensamiento de Alsina en el sentido de que no existe entre los sistemas opuestos de prueba legal y prueba de libre convicción un sistema intermedio. Al efecto, el primero de ellos afirma que *"Las reglas de la sana crítica o del criterio humano o son definidas jurídicamente por la ley o la jurisprudencia, y entonces se convierten en preceptos de derecho y hacen de la prueba una prueba tasada, o bien no se consideran como mandatos, sino como simples indicaciones, y la prueba sigue siendo libre, con lo que la alusión a tales reglas resulta teóricamente, aunque no prácticamente, estéril"* (Derecho Procesal Civil, 3a., edición corregida, tomo I, pág. 339, Madrid, 1968). De allí entonces la afirmación de que no existe un sistema intermedio, sino que según como el juez haga uso de las reglas de la sana crítica, la prueba será libremente apreciada o bien prueba legal. Desde luego que el punto de partida es la forma como la ley disponga el proceder que debe observar el juez a la hora de hacer la apreciación.

Hemos dicho que nuestra legislación otorga una cierta fuerza probatoria a los diversos medios respecto a extremos determinados sobre los cuales existen determinadas reglas legales. Pero aún en estos casos, como la prueba debe apreciarse en su conjunto, norma que no existe establecida en la ley sino más bien por precepto jurisprudencial, se regresa entonces a una posición en que se le da al juez libertad de valoración de la prueba que esas normas particulares no le conceden. Consiste este procedimiento en impedir la impugnación de la eficacia que se haya atribuido a cualquier medio de prueba, incluidos los considerados como prueba plena, cuando es apreciado en relación con otros medios de prueba, para no destruir los elementos que en esos supuestos forman la convicción del juzgador. Y realmente es así, puesto que en términos generales ningún hecho u obligación es demostrado en un proceso por un solo medio de prueba, sino que la experiencia nos demuestra todo lo contrario; en efecto, en la mayoría de los casos la prueba no es simple sino compuesta, es decir el resultado no se obtiene de un solo medio de prueba sino mediante el concurso de varios de ellos.

Esa es la razón por la cual algunos autores al hablar de sistema de libre apreciación de la prueba realmente están refiriéndose al sistema en donde se observan las reglas de la sana crítica, y por ello también existen en la doctrina la tendencia a establecer la apreciación por este medio de todos los medios de prueba, salvo disposición en contrario, como lo acogió el proyecto de Código de Procedimiento Civil de Eduardo Couture (28).

K) LIMITACIONES DE LA APELACION. LIMITACION DE LAS APELACIONES.

Antes de entrar al tema que nos ocupará, vale la pena referirse a la figura denominada proceso de impugnación. Consiste este tipo de proceso en oponer obstáculos a la decisión principal con una finalidad depuradora. Desde luego que esta actividad depuradora retrasa el proceso, pero la misma tiende, como se ha expresado, a depurar o mejorar sus resultados. La impugnación procesal responde entonces, siguiendo el léxico de Guasp, a esa idea de depuración, porque cuando se dicta una sentencia siempre existen dudas en cuanto a que la misma sea justa. En consecuencia, para aclarar esas dudas se ha instituido el proceso de impugnación, que en su conjunto está formado por varios tipos de procesos que tienden precisamente a impugnar el resultado primeramente obtenido. Los procesos de impugnación son procesos especiales por razones jurídico-procesales que tienden a dificultar el proceso principal, no a facilitarlo como ocurre con los procesos especiales por razones jurídico-materiales como sería el caso de desahucio, del ejecutivo prendario, del ejecutivo hipotecario, etc. Es un proceso especial por razones jurídico-procesales porque el aspecto de fondo ya ha sido discutido en la vía que el ordenamiento jurídico ha establecido; es más, el proceso de impugnación surge cuando ya hay un resultado en

(27) Derecho Procesal Civil, pág. 339, tomo 1.

(28) Proyecto, artículo 134.

el proceso respectivo. En esta materia hemos abandonado el campo de los procesos comunes, de cognición y de ejecución, en los cuales la hipótesis pensada por el legislador es general; por el contrario, en los procesos especiales la hipótesis es específica. Aclaración obligada es la de que el proceso de impugnación no es la continuación del proceso principal, sino que es un proceso autónomo, pero desde luego relacionado con aquél; más bien, el proceso principal le sirve de presupuesto, ya que de no existir éste, no se justifica la existencia del proceso de impugnación. La autonomía del proceso de impugnación consiste en que sus requisitos, procedimiento y efectos son distintos a los del proceso principal. En los procesos especiales de impugnación existe una tramitación que tiende exclusivamente a la crítica de un resultado obtenido en una decisión anterior. El término, sin embargo, es discutible, puesto que dentro de un proceso principal y antes de que ocurra la decisión final, pueden presentarse y se presentan de ordinario, impugnaciones para las diversas y sucesivas decisiones que se toman en el curso de la tramitación. Entonces tenemos que el término impugnación en sentido lato se refiere a toda aquella impugnación que una parte haga dentro del proceso principal; pero, cuando esa impugnación está revestida de determinados requisitos que en conjunto determinan la existencia de un proceso especial verdadero, en ese supuesto sí nace la figura del proceso especial de impugnación. Por ejemplo, no se puede conceptuar como tal la contestación negativa, ni la oposición de excepciones, ni la contrademanda; al contrario, sí serán ejemplos de proceso de impugnación la apelación de los autos en general, la revocatoria de un auto, y desde luego la apelación de la sentencia, la Casación y la revisión. Entonces, como consecuencia de la autonomía, la impugnación procesal se convierte en un verdadero proceso. El primero de ellos desaparece para dar lugar al segundo que entonces contendrá verdadera sustantividad. Se tiende con él, como ya se dijo, a depurar el resultado del primer proceso, y de allí que en el lenguaje tradicional el proceso de impugnación recibe el nombre de genérico de recurso. Con él, se vuelve a trabajar sobre la materia procesal ya decidida. De allí que se piense que ese "recurso" o "nuevo curso" signifique una repetición del proceso anterior, lo que no es así como vemos adelante. Esta figura es doctrinal, puesto que las legislaciones no se refieren a ella y la nuestra se limita a indicar cuáles recursos son procedentes contra las diversas resoluciones que se produzcan durante el proceso. Por esa razón debe verse el problema desde un ángulo general y comprender dentro de la expresión proceso de impugnación, a todos los recursos que la legislación específica prevé. Así tenemos entre nosotros, como tipos de este proceso, la revocatoria, la apelación y la casación; los dos primeros con el carácter de ordinarios, y el tercero como extraordinario. Pero donde con mayor claridad se ve la autonomía de la acción impugnativa es en el llamado recurso de revisión, en donde con toda propiedad y sin lugar a dudas, se rompe la unidad del proceso; en cuanto a este punto, lo propio cabe decir de los llamados recursos de responsabilidad civil, de inconstitucionalidad y de queja. Es obvio que el recurso de revisión al igual que los de responsabilidad civil, de inconstitucionalidad y de queja, constituyen verdaderas demandas autónomas, aunque también es indiscutible que su origen es precisamente otro proceso anterior. De allí el carácter excepcional del primero en el que se invocan razones de justicia que afectan el fondo del asunto. No ocurre lo mismo con los otros, en los que, si bien es cierto que su origen se determina en un proceso preexistente, también lo es que sus efectos no lo son en relación con el fondo del asunto; veámoslo: el de responsabilidad civil tiende a imponer a un juez la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con una determinada resolución; el de inconstitucionalidad tiene como finalidad la no aplicación de una determinada ley en un caso concreto cuando ella sea evidentemente contraria a los principios consagrados en la Constitución, situación que debe presentarse antes de la decisión final; y el de queja, tiende a la imposición de una corrección disciplinaria al juez. Como puede observarse, estas impugnaciones tienen como denominador común el no ser propiamente críticas a la decisión para obtener de esta manera su modificación.

El proceso impugnativo que nos interesa por ahora es la apelación. Con ella se pretende la eliminación y sustitución de una resolución judicial por el juez superior jerárquico inmediato a aquel que la dictó, con respecto desde luego de la independencia funcional, por cuya razón ello no constituye ninguna vigilancia o control del superior sobre el juez inferior. Esa eliminación y sustitución de la resolución dictada por el inferior constituye la pretensión del proceso impugnativo, evidentemente distinta de la pretensión inicial. Tenderá esa pretensión inclusive a que se actúe la pretensión inicialmente formulada, pero realmente la pretensión del proceso impugnativo no es

otra cosa que la eliminación y sustitución dichas. El juez que satisface dicha pretensión es otro juez distinto al que dictó la resolución impugnada. Las partes, aunque sean las mismas, la posición demandante y demandado puede invertirse, por actor del recurso lo será el apelante que bien puede ser el demandado en el proceso principal. Hay entonces una pretensión, un juez y un actor específicos. A la apelación se le ha concebido como una repetición del proceso anterior lo que llevaría a una posición en la que la misma no tendría sentido alguno, ya que en ese supuesto, proceso recurrido y recurso serían la misma cosa. De pensarse en ese sentido se llegaría al contrasentido de que toda la prueba debiera ser repetida. Por eso debe concebírsela como una revisión de lo hecho por el primer juez, no siendo entonces admisible la prueba en ella, sino excepcionalmente. Si se le conceptuara como una repetición del proceso anterior, entonces habríamos que admitir que los trámites deberían ser iguales a los del primer proceso, lo que tampoco ocurre, sino que, por el contrario, los trámites en apelación son distintos. La labor del juez de apelación es entonces la de determinar si el resultado a que llegó el juez inferior es correcto o no. En relación con el criterio de repetición, existió en Alemania, en los primeros años de vigencia de la Ordenanza Procesal Civil, como objeto de la apelación, el examen completo, así como la discusión, de todo el material del proceso, permitiéndose también posteriormente la alegación de hechos nuevos y aportación de medios de prueba, sin limitaciones. Estas características constituyen la denominada apelación plena, verdadera repetición del proceso principal que realmente a nada práctico conduce, antes bien, produce dilaciones a todas luces inconvenientes. Por esa razón, en la misma Alemania, esa posibilidad fue eliminada en los años 1924 y 1933, transformándose así la apelación en nuevo examen de la sentencia anterior en cuanto a los hechos y en el aspecto jurídico, sólo a base del material procesal recogido en la primera instancia. De esta manera se llegó a una apelación similar a la que existe en Austria en la que se excluyen las alegaciones nuevas, siendo entonces un control y no una nueva creación o repetición. Funciona aquí el principio de concentración en la primera instancia, con la consiguiente prohibición del jus novorum, esto es, la formulación de nuevas pretensiones en apelación. El objeto del examen lo son las pretensiones estimadas o desestimadas en la primera instancia y desde luego los puntos litigiosos en relación con ellas. Entonces, la modificación de la petitoria, así como la contrademanda, son inadmisibles en apelación; en el mismo sentido está dirigido nuestro ordenamiento. La apelación entre nosotros es limitada, haciéndosele algunas concesiones al jus novorum. Por ejemplo, en segunda instancia sólo podrán ser interpuestas las excepciones de cosa juzgada, transacción y prescripción, y se limita asimismo la alegación de hechos nuevos de influencia en la decisión de la causa, y también se limita la aportación de nuevas pruebas. Desde ese punto de vista, nuestra apelación en realidad viene siendo una apelación plena con restricciones. Esto se observa claramente tratándose del proceso ordinario de mayor cuantía, porque en procesos sumarios de mayor cuantía impera la limitación clara de la apelación; diferencia clara existe, además, entre los trámites de uno y otro tipo de procesos.

Desde luego que no se permite el ejercicio de nuevas pretensiones en segunda instancia, porque si ello ocurriera, estas nuevas pretensiones quedarían privadas de una instancia y entonces el juez ad quem estaría resolviendo el caso en única instancia.

Por esas razones, Prieto Castro considera que la verdadera segunda instancia ocurre cuando se trata de la apelación plena con restricciones; y en cambio, cuando la apelación es limitada, entonces la expresión que debe usarse es alzada, en lugar de segunda instancia (29).

Mientras que para Prieto Castro (30) la primera y segunda instancias son partes de un mismo juicio, para Guasp (31), la segunda es un proceso autónomo que sirve para la impugnación del primero que, aunque sea autónomo, está relacionado con el primero. Y, agregamos de carácter eventual.

Se concluye entonces que en el proceso ordinario de mayor cuantía, la apelación es plena con restricciones, y en los procesos ordinarios de menor cuantía y sumarios sean de mayor como menor cuantía, la apelación es limitada.

---

(29) Derecho Procesal Civil, págs. 663-664, volumen 1.

(30) Ob. cit., pág. 663, volumen 1.

(31) Derecho Procesal Civil, pág. 710, tomo 2.

El aspecto tratado es el referente a las limitaciones de la apelación, el cual se refiere a su contenido o esencia. Pero existe otro de no menor importancia también relacionado con el principio de la celeridad: es el referente a la limitación de las apelaciones.

La limitación de las apelaciones se refiere no al contenido de la segunda instancia, sino al número de apelaciones que debe existir dentro de un proceso para no perjudicar el principio de celeridad. Para nadie es un secreto que durante la tramitación, excepcionalmente el legislador ha omitido la apelación; la regla general es que todos los autos tienen apelación, salvo cuando la ley niegue ese recurso, principio establecido para el proceso ordinario de mayor cuantía, aplicable a los sumarios de mayor cuantía, salvo disposición en contrario. En cambio, en materia de menor cuantía la regla es inversa, es decir, existirá apelación de las interlocutorias sólo cuando la ley lo disponga. En cuanto a las primeras hipótesis, esto es, procesos ordinarios de mayor cuantía y sumarios de mayor cuantía, es notorio el hecho de que esa concesión que el legislador ha hecho en cuanto a una gran mayoría de interlocutorias, produce el retraso en la producción del fallo. De allí que en la doctrina se propugne por limitar en número las apelaciones, en forma semejante a como hoy existe entre nosotros tratándose de asuntos de menor cuantía. Al efecto, consideramos que si los jueces son profesionales, no hay razón para que las interlocutorias sean objeto en su gran mayoría del recurso de apelación. Aún más, en procesos sumarios como el desahucio, el ejecutivo simple, el interdicto, que son procesos de cognición en los cuales el demandado no haya opuesto excepciones, la sentencia debería declararse firme pues lo contrario se presta en muchos casos para que el demandado, a sabiendas del fracaso, la interponga con el sólo interés de demorar la firmeza del fallo y la ejecución del mismo. Comprendemos que el problema es ante todo de carácter práctico porque hay jueces no profesionales que podrían, por falta de preparación jurídica, dar fallos desacertados aún sin la oposición del demandado desprestigiando en esa forma la administración de justicia, pero en aras de la rapidez debe escogerse la solución dicha; para ello deberán existir jueces suficientemente preparados, y un procedimiento exento de formalismos.

De manera que si el proceso de impugnación tiende a dificultar el proceso principal, y no a facilitarlo, debe necesariamente reducirse su número.

L) EVENTUALIDAD.

Contribuye a la celeridad y a la economía y está relacionado íntimamente con el de concentración del proceso. Consiste en deducir conjuntamente acciones, excepciones, incidentes, recursos, peticiones y aportación de pruebas. Deducida una acumulación de acciones, por ejemplo, en forma subsidiaria, sólo deberán ser estimadas si la acción que le precede es desestimada. Ahora bien, cuando la ley imperativamente establece la eventualidad, si la parte no formula un medio de ataque o de defensa en la oportunidad establecida por la ley, éste quedará precluso porque en este caso la ley presume una renuncia implícita del litigante.

Ejemplos en nuestra legislación procesal son: la acumulación de acciones (optativa), artículo 5 del C.P.C.; la contrademanda, artículo 225 del C.P.C.; el ofrecimiento de las pruebas, artículo 230 del C.P.C.; los incidentes de calidad ordinaria, artículo 393 del C.P.C.; imperativa la oposición de excepciones formales y de fondo, artículos 214 y 223; la admisión de apelaciones, artículo 872 inciso d).

Este principio persigue un fin de utilidad dentro del proceso.

M) MORALIDAD.

Consiste en el deber de ser veraces y de proceder con buena fe, de todos cuantos intervienen en el proceso a fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad. El dolo procesal se clasifica en unilateral y bilateral. La posibilidad de descubrirlo y castigarlo es distinta en uno y en otro. Cuando hay dolo unilateral, el problema es más sencillo porque una de las partes puede denunciarlo; pero si ambas partes se ponen de acuerdo para engañar al juez, como éste no puede proceder de oficio y las partes tienen a su haber el principio dispositivo, aunque el juez descubriese el dolo estaría imposibilitado para reprimirlo. Al actuar así, existe un error de concepto respecto al proceso; éste se ha ideado para actuar la ley mediante el descubrimiento de la verdad de los hechos. Entonces, si las partes exponen **falsamente los hechos** en forma consciente, la finalidad del proceso se desnaturaliza, y en ese supuesto el juez debe tener facultad para declarar la inexistencia de una verdadera contienda judicial. Al poner en movimiento a toda la maquinaria jurisdiccional sin una causa lícita, se está afectando el orden público, porque el juez como funcionario que tiene como misión la de dirimir conflictos, se vería en la obligación de dar sanción a acuerdos contrarios a la ley. Como ejemplo tenemos los fa-

mosos divorcios "arreglados", situación que ya se ha corregido con el establecimiento en el reciente Código de Familia del divorcio por mutuo consentimiento (32).

El principio dispositivo, que es el derecho de la libertad dentro del proceso, no puede ser ilimitado ni ejercido con fines ilícitos, y la ley debe proveer al freno del uso de ese principio entratándose de partes que más que usar de dicho principio, abusan de él.

El principio de moralidad también va dirigido a jueces, peritos, testigos, abogados y demás auxiliares de la justicia.

Ejemplos de este principio los encontramos en nuestro C.P.C., entre otros, en los artículos 1058: rechazo de toda gestión impertinente o que tienda tan sólo a retrasar el procedimiento; el artículo 1059: obligación de comunicar a la Corte todo cobro que se haga bajo pena de considerarse exacción indebida; artículo 1033 reformado por ley número 5454 de 19 de diciembre de 1973: prohibición de cobrar honorarios por diligencias judiciales; artículos 1027 y 1029: pago de costas al litigante de mala fe. También en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 214: sanción de multa a la o las partes que insulten al Juez o al Tribunal.

N) LA INSTRUMENTALIDAD DE LAS FORMAS.

Por forma de los actos procesales debe entenderse el modo de la expresión de la voluntad. La forma es entonces un hecho exterior por medio del cual la voluntad se expresa. Así, cuando la ley impone la escritura como forma predominante en nuestro proceso civil, cuando dispone que al testigo debe interrogársele en presencia del juez, lo mismo que al confesante, el juramento que tienen que dar tanto el confesante como el testigo, la notificación personal o por medio de cédula en la casa de habitación cuando se cita a un confesante, así como que dicha notificación debe ser hecha con la antelación de tres días cuando menos, son todas ellas, entre otras muchas más, formas que la ley impone, no por capricho del legislador, sino para asegurar los fines asignados a dichas formas. En otras palabras, cuando el legislador ha establecido una forma determinada para un acto determinado, lo ha hecho pensando no en la forma misma, sino en el derecho de defensa en juicio. Entonces, partiendo de esta premisa, podría pensarse que las partes tengan la facultad de derogar determinadas formas, pero aquí entra en juego el interés público, dentro del cual no es posible ni para las partes ni para el juez prescindir de las formas. Por ejemplo, cuando está en entredicho la competencia del juez está en juego el interés público porque a la ley le interesa que sea un determinado juez y no otro quien conozca de un determinado proceso, y de allí que aún en ausencia de una excepción que ataca ese vicio, la ley impone al juez el deber de declararse incompetente sancionando a la vez sus actos con la nulidad absoluta. Artículo 160 L.O.P.J. y el artículo 216 en su párrafo 2 del C.P.C. confirma esta tesis al disponer que el juez puede resolver en cualquier tiempo acerca de su competencia. De manera que las formas que la ley establece para los actos procesales deben ser obervadas. De su inobservancia se derivan dos consecuencias: la ineficacia del acto realizado, o la imposibilidad de que se cumplan en el futuro determinados actos. La ineficacia acarrea la nulidad del acto y la segunda consecuencia provoca el decaimiento del derecho. Por ejemplo, cuando el demandado no contestó la demanda y llegó a tener la posición de rebelde, decae su derecho a formular la contestación, la cual no podrá realizar en el futuro, en virtud del principio de preclusión. En cambio, cuando una notificación se realiza sin observar los requisitos prescritos por la ley, el acto será nulo y habrá que repetirlo. También podemos citar como ejemplos de nulidad, cuando el juez, habiendo hechos controvertidos no abra el proceso a pruebas y cita partes para sentencia. Esa resolución es absolutamente nula por razón de que no respetó el curso normal del procedimiento, lo que ocasiona una indefensión a ambas partes. Ejemplo otro de decaimiento del derecho y por lo tanto imposibilidad de formular el acto en el futuro es el ejercicio de un recurso dentro del término que la ley prescribe. Pero en cambio, si la incompetencia del juez no ocurre por razón de materia o de cuantía, sino por territorio, en el supuesto de que el demandado no oponga la excepción correspondiente no se produce nulidad alguna porque en este caso está en juego el interés privado de las partes en litigar ante un determinado juez de igual categoría al que en principio sería competente. De manera que respecto a normas de carácter público que dentro del derecho procesal son aquellas que se refieren a la organización de los tribunales y a la competencia

(32) Artículo 48 inciso 7.

de los jueces, las formas son de imperiosa observancia, en cuya omisión sobrevendrá la sanción de la nulidad para el o los actos procesales. Tratándose entonces de las reglas del procedimiento propiamente dichas, y en las cuales entre en juego únicamente el interés privado, la nulidad podrá o no producirse según que se afecte o no el derecho de defensa en juicio, o según también que se afecte o no el curso normal del procedimiento. No existe entre nosotros el sistema de la nulidad por la nulidad misma, ni tampoco el de que no hay nulidad sino una disposición que la establezca en forma concreta, (pas de nullité sans texte), sino que impera entre nosotros el criterio de la indefensión y del irrespeto al desarrollo normal del procedimiento (pas de nullité sans grief). De manera que en definitiva, será el juez quien conforme a su criterio determinará si una nulidad existe o no existe. Así por ejemplo, si una parte evacuara un traslado o una audiencia después de vencido el plazo respectivo, no podrá anularse lo que posteriormente se actúe, porque en nada se afecta el derecho de defensa. Pero este punto hay que examinarlo con cuidado, pues hay casos en que sí habría nulidad en ese supuesto, por ejemplo si un demandado en proceso ejecutivo común opusiera excepciones vencido el plazo para la oposición y el juez las tuviera por opuestas. En el supuesto de que la prueba de dichas excepciones se hubiera recibido, todo lo actuado sería nulo, porque la oposición se hizo cuando ya se había operado la preclusión y lo actuado entonces sí vendría a perjudicar el derecho de defensa del actor. Las formas procesales no tienen entonces un fin en sí mismas, sino que su justificación es asegurar la libre defensa de los derechos de las partes, y consiguientemente una sentencia justa. La nulidad no es una pena sino el resultado del incumplimiento de los requisitos a los cuales la ley confía la eficacia del acto. Por ello hemos dicho que es en definitiva al juez a quien corresponde declarar si existe o no una nulidad, porque aún en presencia de una omisión de una forma, si el fin perseguido por la ley ha sido obtenido, la nulidad no puede producirse.

Nuestro C.P.C. no confiere a la nulidad un título especial, sino que se refiere a ella en el capítulo de los incidentes como corroboración a los de nulidad de actuaciones. Pero, no hay duda de que no existe en él norma alguna que diga que el juez no puede declarar nulidades que no estén previamente establecidas, ni tampoco existe sanción de nulidad para la violación de cualquier norma procesal; lo que sí ocurre, aunque nuestra ley no lo dice expresamente, es dejar al criterio discrecional del juez la declaración de la misma.

Entonces, podemos concluir que en cuanto a nulidades, nuestra legislación procesal civil mantiene un criterio restrictivo, esto es, que debe recurrirse a su declaración tan sólo cuando ella sea el único modo de obtener la reparación de un perjuicio. De lo contrario, se propugna la subsanación del vicio, o, como solución intermedia, la reposición del trámite.

Los actos procesales válidos son irrepetibles, y, por el contrario, los actos nulos deben ser repetidos. En cambio, respecto a los actos válidos, puede producirse sin embargo alguna actividad posterior sea de ratificación o de rectificación. La primera sería cuando en una resolución de fondo de un incidente de nulidad se deniega esa nulidad, o bien cuando la articulación es rechazada de plano. Con esas manifestaciones de voluntad el juez no está haciendo otra cosa que ratificando lo actuado. La segunda ocurre cuando es necesario obviar ciertas irregularidades, pero las cuales no conducen a una nulidad; por ejemplo, cuando se aclara una sentencia por contener la misma un concepto oscuro. También se produce la rectificación cuando sea necesario corregir errores simplemente materiales.

Ñ) CONCLUSIONES.

1) En el proceso civil debe mantenerse el principio dispositivo, sin perjuicio de aumentar los poderes del juez durante el desenvolvimiento de aquél.

2) En el proceso civil escrito, debe conservarse la doble instancia, pero limitada en número en cuanto a las interlocutorias y plena con restricciones en cuanto a la sentencia, con eliminación de trámites innecesarios en segunda instancia. Deben mantenerse los tribunales unipersonales para la

primera instancia y pluripersonales para la segunda, salvo en asuntos de menor cuantía en que ambos pueden ser unipersonales en aras de la economía. Debe derogarse el principio de que las partes pueden ampliar los plazos estableciéndose el principio de la improrrogabilidad de ellos. La publicidad absoluta no juega ningún papel debiendo mantenerse con carácter relativo.

3) Si se determina un predominio de la oralidad, debe reservársela para la etapa probatoria, debiendo continuar siendo regidas por el predominio de la escritura las etapas introductoria y decisoria.

4) Debe conservarse el principio de la motivación de los fallos como instrumento de persuación y como medio que servirá a las partes para la impugnación de la decisión.

5) Salvo excepciones, los medios de prueba deben ser analizados de acuerdo con las reglas de la sana crítica y darse entrada a nuevos medios probatorios.

6) La nulidad debe continuar siendo un medio de remediar un perjuicio o para respetar el curso normal del procedimiento.

7) La eventualidad es consecuencia de la concentración y debe mantenerse.

8) La moralidad debe inducir al establecimiento de nuevas sanciones con la finalidad de evitar el dolo procesal y la existencia de procesos simulados.

O) BIBLIOGRAFIA.

ALSINA, Hugo. **Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,** tomos 1 y 2 Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1963 y 1957, respectivamente.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia.** E.J.E.A., Buenos Aires, 1960.

CAPPELLETTI, Mauro. **La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil.** Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** Tercera edición, póstuma. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969. **Proyecto de Código de Procedimiento Civil.** Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945.

CHIOVENDA, José. **Principios de Derecho Procesal Civil.** Traducción española de la 3a. edición italiana por José Casais y Santaló. Instituto Editorial Reus, Madrid.

DELLEPAINE, Antonio. **Nueva Teoría de la Prueba.** Sétima edición. Editorial Temis, Bogotá, 1972.

FAIREN GUILLEN, Víctor. **Estudios de Derecho Procesal.** Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.

GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil,** Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

PODETTI, Ramiro. **Teoría y Técnica del Proceso Civil.** Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1963.

PRIETO-CASTRO FERNANDEZ, Leonardo. **Derecho Procesal Civil,** Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972. **Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal.** Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

SENTIS MELENDO, Santiago. **El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal argentina.** Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957. **Estudios de Derecho Procesal,** Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.

WACH, Adolf. **Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana.** Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.

*****

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CONSTITUCION POLITICA Y GARANTIAS LABORALES*

(El caso de Costa Rica)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.
Prof. de la Universidad de Costa Rica.

CONTENIDO:

I. Introducción 44
II. Carta Magna y Derecho Laboral 44
III. Código de Trabajo 46
IV. Ley de Administración Pública. 48
V. Estado actual de la discusión 49
VI. Resumen 49

*Documento de trabajo presentado al seminario sobre **Constitución Política y Sociedad**, celebrado en Montevideo, Uruguay, del 13 al 15 de agosto de 1980, bajo el patrocinio del Centro Latinoamericano de Economía Humana y el grupo de trabajo "Derecho y Sociedad" del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

I. INTRODUCCION.

La convención colectiva de trabajo es una institución antigua en nuestro país. Consagrada por la Carta Magna de 1949, ya se había insertado en la Constitución Política anteriormente vigente en el año de 1943 bajo el debatido título de "garantías y derechos sociales". En esa década de 1940 a 1950, los problemas de la Segunda Guerra Mundial tuvieron efecto en nuestra nación. Al interior de nuestro país, grupos de izquierda y de derecha pugnan por el poder y mediante pactos o alianzas políticas (no del todo analizadas y conocidas por el momento), el entonces Presidente de la República se alía con el Partido Comunista, fruto de lo cual es la emisión del Código de Trabajo y las citadas garantías, así como otras medidas político-sociales, importantes.

Los grupos de derecha logran aglutinar y financiar a otros sectores sociales de oposición a la alianza dicha, logrando en 1948 derrocar al régimen cuyas figuras más destacadas fueron el Presidente de la República de 1940 a 1944, y su sucesor (1944-1948) y el dirigente del Partido Comunista de mayor jerarquía formal e informal.

A pesar de que los sectores conservadores se oponen a las mencionadas garantías y a pesar de la ilegalidad a que envían a los sectores de izquierda, el Código de Trabajo se aplican a duras penas, constituyéndose nuestra nación en una mera formalidad legal ante una realidad que desvirtúa la aplicación cabal de la legislación de trabajo en sus diversos rangos jurídicos-normativos.

En la actualidad, desde el Gobierno pasando por la empresa privada y pública, la lucha por el derecho de trabajo, a partir de los grupos de trabajadores es ardua y nada fácil.

Prácticamente, la legislación laboral en el sector privado es poco eficaz, burlándose la normativa que garantiza la libre sindicalización y demás garantías y derechos laborales. Esto sin duda es un hecho que le resta legitimidad al sistema político.

En lo que corresponde al sector público, por diversas razones (no estudiadas, lamentablemente), se han fortalecido (en términos relativos) el movimiento sindical, al punto que para este año de 1980, se puede decir que la proliferación de grupos sindicales en el aparato estatal tiende a atomizarse ante la imposibilidad de lograr una unión que forme una federación fuerte capaz de movilizar al ejército de burócratas públicos. En este punto cabe decir, que los sindicatos dichos carecen de capacidad de movilización, siendo muchos de ellos meras organizaciones fantasmas.

A pesar de ello, el número de convenciones colectivas que se han firmado con el Estado en tanto patrono ha ido en aumento, lo cual no implica necesariamente que la politicidad y conciencia de clase de los obreros del Estado también hubiere crecido.

Se sigue dando una desvinculación entre dirigencia formal sindical y la masa de trabajadores.

Lo que sí se puede adelantar como un dato importante, es la especial forma de represión que ha usado el actual gobierno (1978-1982) costarricense para impedir la existencia de convenciones colectivas y para frenar el movimiento sindical en la esfera pública.

II. CARTA MAGNA Y DERECHO LABORAL.

La Constitución Política vigente en 1944 y hasta 1949 (año en que se puso en vigencia la actual) contiene el **art. 57** que decía:

> Tendrán fuerza de ley las convenciones y contratos colectivos de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados (así incorporado a la Constitución por Ley No. 24 del 2 de julio de 1943).

Esta sección tercera, relativa a las garantías sociales fue incorporada a la Carta Magna por la ley citada No. 24, cuyo artículo 2 manifestó:

> Se adiciona el título III de la Constitución con una sección III que se llamará "de las garantías sociales", y que comprenderá 15 artículos —del 51 al 65—.

Tanto la emisión del Código de Trabajo como estas garantías tienen un trasfondo político sumamente relevante en unas coordenadas formadas por la alianza del Presidente de ese entonces y el Partido Comunista, con la oposición de sectores derechistas y reformistas autodenominados "neoliberales reconstructivos" (1).

Luego de los conflictos políticos, militares y

---

(1) **Cf. nuestro estudio sobre La social democracia en Costa Rica (San José: Imprenta Trejos, 1977).**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

económicos de la guerra civil de 1948, se convoca la Asamblea Nacional Constituyente (2), la que redacta la Carta Magna de 1949.

Es el art. 62 el que manda acatar lo relativo a las convenciones colectivas en estos términos:

> Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados.

En este numeral constitucional se institucionalizan las mencionadas convenciones, con el respaldo de todo el aval histórico y político de los años 40, cruciales para entender la modernización del Estado y la quiebra del Estado oligárquico nacional hacia los rumbos de un reformismo no propuesto por la élite cafetalera, fruto del modelo agroexportador, sino a capas medias en ascenso y a grupos de la pequeña y mediana burguesía que estratégicamente copan el aparato estatal y nacionalizan la banca con el objeto de parapetarse en la estructura pública y fortalecerse política y económicamente, lo cual han hecho a lo largo de treinta años, esencialmente bajo el nombre de Partido Liberación Nacional, generador de una "burguesía estatal" cada vez más influyente y con la difusión de las estructuras públicas, que ha resultado útil también para los sectores más conservadores, durante los lapsos en que han ocupado los cargos de mayor jerarquía.

Por otra parte, la convenciones colectivas, como realidad tienen una trayectoria de casi 30 años, siendo el Estado uno de los patronos que más frecuentemente las ha firmado bajo la presión de los grupos organizados del sector público. En la empresa privada, la situación es mucho más difícil, ya que el sindicalismo es prácticamente inexistente como hecho real ante los mecanismos que usan los patronos privados para impedir la formación de sindicatos obreros.

De conformidad con dicho artículo se puede sostener lo siguiente:

a) desde 1943 se reconoce por el Estado la existencia y legimidad de las convenciones colectivas,

b) el rango que se les otorga es de ley formal emanada del Poder Legislativo (desempeñando el rol de ley de "orden público" entre las partes contratantes),

c) obviamente, el principio constitucional, expresado por escrito en la Carta Magna, tiene su desarrollo por medio de la ley formal, ya sea en el instrumento denominado Código de Trabajo o en una ley especial propia del derecho laboral colectivo, que en el futuro pudiera emitir el Estado en cuestión.

No ha faltado quien argumente que la expresión mencionada "conforme a la ley" significa que se somete o subordina a una norma jerárquica inferior (como es una ley formal respecto de la Constitución Política) con el fin (ideológico) de negar la convención colectiva. Esto además de constituir un absurdo en cuanto al punto de interpretación legal (3), sería una jugada ideológica poco hábil para negarle a los trabajadores el derecho a la convención citada.

Esa afirmación (mandato jurídico) del art. 62, indicado, quiere decir que se hace referencia a la ley formal en cuanto al mecanismo, funcionamiento y reglas del juego de la dicha convención como instrumento que contiene las normas de la relación jurídica entre obreros y patronos. Asimismo, cada convención que se firma (en tanto su eficacia y vigencia) contiene un conjunto de reglas de derecho propias del ámbito de acción de esa logística normativa, v. gr.:

> la *Universidad de Costa Rica* y el sindicato de empleados de esta *universidad* suscriben la presente convención colectiva de carácter económico-social, y se comprometen a unir sus esfuerzos y posibilidades para lograr la estabilidad de las condiciones económicas y sociales de los empleados que laboran en dicho *centro de trabajo.*
>
> Añadiendo que:
>
> esta convención surtirá efecto en la citada *universidad* y regulará las condiciones de trabajo que se ejecute o *llegare a ejecutarse* por sus empleados *y de todos* aquellos que entrasen a trabajar en esa calidad después de firmado el presente documento.
>
> (Preámbulo de la convención colectiva con fecha 9 de mayo de 1980; San José: Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1980).

---

(2) Se publicaron tres tomos de las actas de esa asamblea. Las actas no están completas ni recogen todas las discusiones; sin embargo, constituyen un documento importante para entender lo que ocurrió en tal asamblea. La Imprenta Nacional las publicó en los años de 1953, 1955 y 1957 respectivamente.

(3) Cf. los trabajos sobre lógica, lenguaje jurídico e interpretación legal publicados por el Dr. Enrique Pedro Haba en la Revista de Ciencias Jurídicas Nos. 34 a 38 (San José: Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, 1977-1978).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

III. CODIGO DE TRABAJO.

Sin duda este Código ha sido, desde su nacimiento objeto de debate intenso y de muy poca aplicación de parte de los patronos, tanto en el ámbito privado como público, aunque, la matización iría en el sentido de que, a partir de 1970, los sindicatos formados por obreros del Estado (en sentido amplio: Poderes Públicos tradicionales y poder descentralizado-instituciones "descentralizadas") han cobrado mayor fuerza en virtud de un conjunto de factores que denominaríamos "sociológicos" (que dada la naturaleza de este breve escrito no detallamos (4), aunque en un trabajo en preparación —"análisis del movimiento sindical en la década de los años 70"— estamos llevando a cabo esa labor).

La realidad y sus mecanismos (relación de clases asociales y vinculación efectiva del Poder Judicial a los elementos factuales) han venido enseñando que el mito elaborado por los grupos dominantes en el país acerca de la "manera fácil en que los obreros cuentan con una legislación laboral", olvida a propósito (y lo oculta) la larga lucha de clases que se ha desarrollado en Costa Rica (cf. Vladimir de la Cruz, *"Las luchas sociales en Costa Rica"* en edición por la Universidad de Costa Rica, 1980; y nuestra investigación sobre partidos políticos nacionales, San José: Syntagma, 1979) y que se lleva a cabo para democratizar el sistema político y darle una mayor realización a las garantías constitucionales, en buena medida sujetas a papel y tinta, pero reacias a convertirse en realidades.

El artículo 54 del citado Código define así la convención colectiva:

> aquella que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos; o, uno o varios sindicatos de patronos, con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse y las demás materias relativas a éste.

En el fondo repite (al igual que el art. 62 de la Carta Magna de 1949 con respecto a la de 1944) la normativa constitucional.

Cuando esta normativa se aprobó los patronos carecían de sindicatos propiamente dichos, aunque siempre contaron (lógicamente con sus grupos de presión, sus grupúsculos de caciques financieros —"partidos políticos"—). Actualmente, y a partir de 1970, los patronos han fortalecido sus "cámaras" (comercio, industria, ganaderos, etc.), han creado un sindicato de la empresa privada, un instituto del sector particular, una federación de cámaras y sindicatos. En otras palabras, los empresarios tienen conciencia de clase, lo cual explica esa escalada organizativa. Probablemente, la influencia de los "avances de izquierda" en América Latina y fundamentalmente en Centro América, los ha conducido a una creciente formación de grupos de presión.

De parte de los trabajadores en general, los obstáculos institucionales (y de parte de los patronos) a la organización masiva no se ha podido efectuar. Empero, la línea irreversible de la historia se encamina hacia un robustecimiento de las fuerzas laborales y sindicales obreras.

Agrega el art. 54 mencionado, que la convención colectiva tiene carácter de ley profesional (es decir, normativa referida al campo de las relaciones obrero-patronales) y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos, existentes o que luego se realicen en las empresas, industriales o regiones que afecte.

Por lo que atañe a la jurisprudencia, la mayor parte de la misma es conservadora, siguiendo un hilo de razonamiento como el siguiente:

> tanto el Estado como las instituciones autónomas no pueden obligarse a suscribir una convención colectiva de trabajo porque lo impiden razones presupuestarias y administrativas entre otras (5).

Esta interpretación judicial es inconstitucional y contiene una visión, objetivamente (no me refiero al ámbito de la voluntad) favorable al patrono. Esta interpretación es absurda, ya que precisamente la convención colectiva nace para remediar el esclerosamiento de la legislación laboral escrita y como un instrumento de distribución de la riqueza y

---

(4) Cf. nuestros trabajos sobre "legislación laboral costarricense" (San José: INA, 1966) y "El sindicalismo en Costa Rica" (San José: publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1969).

(5) Código de Trabajo anotado y concordado por Alvaro Valerio y Henry Rodríguez (San José: Imprenta Nacional, 1979, p. 161).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de conseguir una relativa estabilidad política y social para el macro sistema social. Es decir, tiene una finalidad estabilizadora del régimen político, ante el aumento en el nivel (encarecimiento del costo de la vida) o pérdida de valor adquisitivo del salario nominal que recibe el obrero. Por un lado, y por otro, otorgarle garantías y seguridades que redundan en una salud física y psíquica vital para la productividad y rendimiento laboral del obrero (6).

Es una minoría de tribunales de trabajo los que tienen el criterio favorable a las convenciones. Por otro lado, parte de la estructura de dominación, consiste en que la mayoría de los tribunales de trabajo están opuestos a la "carta de legalidad de las convenciones", como por el hecho de que (para fiscalizar el proceso "desde arriba") se centralizan todos los conflictos y convenciones colectivas en el Tribunal Superior de Trabajo con sede en la capital (San José). Esto va íntimamente unido al hecho de que la inmensa mayoría de las huelgas de obreros son declaradas ilegales por el Poder Judicial, como se lee continuamente en los periódicos y en las sentencias respectivas (7).

Asimismo, ese tribunal en su composición viola el art. 405 del Código de Trabajo que manda:

> habrá un *Tribunal* (centralización a los efectos de la dominación) Superior de Trabajo, con residencia en la capital y con jurisdicción en toda la República, *integrado* por un juez superior de trabajo, quien lo presidirá en calidad de representante del Estado, y por un representante de los trabajadores y otro de los patronos.

Este artículo no se cumple ni se ha cumplido en cuanto a la representación de los obreros, por lo que toca a la representación de los empresarios o patronos (privados y públicos) es obvio que siempre la ha tenido y la tendrá.

En otras palabras, la materia laboral (en sus normas) es frecuentemente violada impunemente desde las esferas del mismo Estado y sus Poderes, desde el ángulo de la logística de la dominación y del control social y político.

También se ha violado el art. 409 del mismo Código que establece el mecanismo de elección y selección de los representantes obreros.

Desde el punto de vista de la estabilidad política del sistema democrático, esas violaciones conducen a intensificar la militancia sindical y el movimiento obrero. Por ello, la lucha por el respeto al Derecho, por parte de los trabajadores, en el fondo es un llamado a la cordura y al buen funcionamiento de la democracia material, sustancial o real. No me refiero a la democracia de papel o formal.

Los artículos del Código de Trabajo que regulan la convención dicha son los Nos. 54 a 65.

i) Concordancia del art. 54 y 56.

El artículo 54 se refiere al patrono, como figura genérica, al tenor de la Carta Magna; y, de la lógica, ya que el mundo del trabajo se divide en capitalistas (aportadores de capital), patronos, empleadores o empresarios y trabajadores empleados o asalariados.

Por su lado, el artículo 56 habla del patrono particular como cocontratante en una convención colectiva.

La interpretación propatronal que algunos le han dado a esta contradicción aparente en el sentido de afirmar que el Código de Trabajo niega la posibilidad de firmar esas convenciones en el terreno estatal lo refuerzan con la normativa del artículo 62 constitucional que tiene la expresión (ya comentada) de "con arreglo a la ley", para enfatizar que la ligazón a la ley viene dada por el artículo 56 citado con orientación prohibitiva.

Claro está que por la jerarquía de las normas (tesis kelseniana) la Carta Magna prevalece sobre la ley formal, existiendo una inconstitucionalidad patente ya que la Constitución (con un sentido lógico) se refiere a patronos y obreros en general, como sujetos formales y como centros de imputación de derechos y deberes, no importando del *locus* o lugar donde se dé la relación laboral —en el Estado o en la empresa privada—.

Asimismo se puede agregar lo que cuesta ganar un recurso de inconstitucionalidad, por cuanto se requiere una mayoría calificada de magistrados para que se acepte la declaratoria de inconstitucional-

---

(6) Derecho a la lactancia de los hijos de obreras, permisos con goce de sueldo para estudiar, becas, guarderías infantiles, inmuebles para la higiene mental, etc. (cf. convención colectiva de la Universidad de Costa Rica, cit.).

(7) Al respecto es sumamente interesante el estudio del jurista Bernardo van der Laat "La huelga y el paro en Costa Rica" (San José: Juriscentro, 1979). Para ilustrar este punto baste este ejemplo: la forma de evadir —el patrono— el hecho de una huelga por el 60 por ciento de sus obreros, es mediante el expediente de contratar inmediatamente decenas de trabajadores (lo cual es fácil en un país subdesarrollado como el nuestro), llenando de nuevo su fábrica de obreros y declarando cesantes (por "abandono de trabajo") a los huelguistas. El Estado, como un todo, ha legitimado este mecanismo irregular y sustancialmente ilegal.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

lidad. Por ello, se puede decir que la norma jurídica más impunemente violada es la Constitución Política, lo cual se prueba frecuentemente con el número de recursos de amparo y de inconstitucionalidad "institucionalmente" fracasados "por razones de procedimiento".

Se puede añadir a lo dicho que ese Código de Trabajo se emitió, esencialmente para la empresa privada, lo cual queda probado con el hecho de que contiene solo dos artículos (578 y 579) para regular la relación obrero-patronal en el ámbito estatal. Ello es así, por cuanto el aparato estatal de 1943 era pequeño y respondía a un Estado oligárquico y a una sociedad agraria y dependiente. Ahora la maquinaria estatal es sumamente amplia (se puede decir que de cada tres costarricenses, aproximadamente dos dependen del Estado como asalariados —cf. estudios respectivos de la Oficina de Planificación, años de 1974 a 1976—). Ante esta creciente burocratización (que recuerda el caso de Uruguay) el ejército de burócratas públicos es cuantioso, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Por esta razón, en parte, se parte de un raquítico y obsoleto régimen del Servicio Civil y se llega a una serie de estatutos de régimen laboral para el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, los bancos del Estado, Poder Legislativo, etc.

Por ese motivo en el pasado Congreso Jurídico Nacional (1979), propuse (moción que fue aprobada) que ante esa proliferación de diferentes y privilegiados (entre sí) regímenes laborales de obreros con su respectiva aristocracia obrera, aquellos funcionarios cuyos sueldos mensuales son de un promedio de $ 3.000 (tres mil dólares USA); más viáticos, gastos de representación y otras ventajas —pensión a los 25 años de servicio con el 100 por ciento del sueldo devengado en los últimos 5 años de laborar, etc.—), se procedería a promulgar por el Poder Legislativo un estatuto único y uniforme para toda la Administración Pública.

IV. LEY DE ADMINISTRACION PUBLICA.

Con la emisión de la Ley de Administración Pública, se pusieron por escrito algunos principios generales del derecho como la defensa previa, el debido proceso, notificaciones en debida forma, etc. En base a la promulgación de esta ley, eficaz a fines de 1978, un sector de los abogados del Estado esgrimió un conjunto de tesis antijurídicas como las siguientes:

1. La convenciones colectivas ya no serán firmadas por el Poder Ejecutivo.
2. Aquellas convenciones que han vencido o expirado, ya no serán renegociadas ni prorrogadas.
3. Ya no existen trabajadores del Estado, sino "servidores públicos".
4. La citada ley atenta contra los derechos de los trabajadores.
5. Esa ley le endosa al agente público una serie de responsabilidades penales y civiles.

Nada más hago esa lista pequeña, por el momento y para efectos de ilustrar al límite que llegaron esas oficinas públicas con funciones de abogacía estatal. Claro está que trataban de justificar, con varias ideas seudojurídicas, la posición política del Poder Ejecutivo, de contener el movimiento sindical y reprimir a los trabajadores del Estado. Empero, luego de una larga labor (de cuya trayectoria dan fe los periódicos nacionales de los meses de enero de 1978 a mayo de 1979), la jerarquía política pública ha tenido que ceder terreno, pues sus posiciones políticas eran indefensibles en el campo jurídico.

A la par de los 30 años de tradición y costumbre legal de firmarse convenciones colectivas en el país y de constituirse en contratos legales, las convenciones de la O.I.T., favorables a la realización de convenciones colectivas en el sector público, son un argumento relevante en ese embate contra las posturas políticas conservadoras del Poder Ejecutivo y sus respectivos entes abogadiles.

Dicho sea de paso, esta Ley de la Administración Pública tiende a regular el comportamiento sustantivo y procedimental del Estado costarricense. Y de darle cierta racionalidad a la acción administrativa. Para los políticos arbitrarios de nuestro país, el derecho es una camisa de fuerza y un estorbo para sus jugadas en el tablero de ajedrez del poder político y económico.

V. ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSION.

En estos momentos, la fuerza de la convención colectiva tiene la dinámica necesaria para impedir que se detenga la firma de nuevas convenciones colectivas o de renegociar aquellas que están vencidas. El movimiento obrero del sector público tiene plena conciencia que solo por medio de la convención puede hacerle frente a la inflación y a la obsolencia y rigidez del Código de Trabajo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

En este sentido los trabajadores del Estado tienen una situación de privilegio y de ventaja respecto de los obreros del sector privado, en donde la aplicación de la legislación laboral es raquítica, insuficiente y muy precaria.

Parte de la guardia baja del Poder Ejecutivo actual, se debe a un cúmulo de errores en su gestión y a la problemática socio-económica nacional que le impiden distraerse mucho tiempo en un solo frente. Por otra parte, ya se está en tiempo preelectoral y los grupos dominantes se aprestan a copar los presupuestos estatales, para acumular poder político y económico; generando mayor desestabilización en el sistema político ante la incapacidad manifiesta de sus operativos y de los recursos humanos con que cuentan. Además, la corrupción administrativa continúa y parece que no se detiene.

Esta erosión del sistema político democrático, es sumamente peligrosa en un país de tradición democrática como Costa Rica. Es peligroso, debido a que mayor desestabilización política es probable que se dé una mayor posibilidad de un golpe de la derecha (push), como es costumbre en América Latina. De ahí que el tema de las convenciones colectivas y la vigencia del derecho laboral, sea estratégico para evitar ese peligro; y, al contrario, lograr una apertura democrática que contrarresten esas tendencias derechistas.

VI. RESUMEN.

En una sociedad democrática, la estabilidad del sistema político es esencial para el buen funcionamiento de los ámbitos de la sociedad: lo económico, social, etc.

De ahí, lo relevante de concebir no sólo la estrecha relación entre derecho y política (8) y en este sentido la función estabilizadora del derecho en una colectividad. Además, de que se sabe que el derecho es la expresión de la política mediante normas jurídicas y sus principios generales del derecho (que integran el Ordenamiento Jurídico). Esta precisión es importante ya que la mayoría de los jueces (en sentido lato) de trabajo resuelven los casos que se le presentan a sus tribunales usando el derecho escrito, marginando todo el caudal resolutorio que le prestan dichos principios generales.

No deja de ser digno de mención, la urgente necesidad, cuando se escribe sobre la relación entre la Constitución Política y las garantías laborales, la urgente necesidad de modificar la Carta Magna, para ajustarla a nuestro tiempo y darle cierta perspectiva futura, como también una forma de adaptación al Código de Trabajo. En este sentido son relevantes los aportes de los laboralistas empeñados en que tal código se modifique en bien de la comunidad costarricense.

Sin duda, las garantías laborales (que rigen en todo lugar donde se dé una relación de trabajo o de empleo —ya sea el sector privado o el público—) no solo cumplen con esa función de estabilización y legitimación del sistema (globalmente considerado) sino también con la de contribuir —en esa misma dirección— a lo que manda el artículo 50 de la Carta Magna, en cuanto al logro de una mejor distribución de la riqueza en el país. En esta corriente de funcionalidad política, se encuentran las convenciones colectivas como mecanismos para efectuar la citada redistribución del ingreso nacional.

Este artículo trata de mostrar, desde una perspectiva dada, la relación entre el ámbito de las garantías laborales (de la administración privada y pública) y la dimensión constitucional.

---

(8) DIAZ, Elías. **Legalidad y legitimidad** (Madrid: Civitas, 1977, *in toto*).

UNA NUEVA CLASIFICACION JURIDICA: EL DERECHO PROCESAL AGRARIO

Dr. Ricardo Zeledón.
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

CONTENIDO:

1. Premisa 52
2. El Derecho procesal agrario y la unidad del Derecho procesal. 52
3. Corroboración de la existencia de las características particulares del proceso agrario y su importancia para la determinación del Derecho procesal agrario. 53
4. Las características particulares y la determinación de la especificidad científica del proceso agrario: el sistema chiovendiano y el principio de la oralidad, y, la publicización o socialización del Derecho agrario moderno 54
5. La autonomía del Derecho procesal agrario. La exigencia científica para la existencia del proceso agrario (según ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO) y su demostración. La autonomía legislativa, didáctica, y científica. Autonomía del Derecho procesal agrario y del Derecho agrario. 56

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

1. La existencia indiscutible de un sistema procesal agrario en América Latina con institutos particulares y propios permite encontrar características de organicidad y especialidad en virtud de las cuales el entero sistema se hace susceptible de un tratamiento científico. Individual o globalmente, también, los modelos procesales permiten encontrar rasgos característicos del proceso agrario cuya cientificidad resulta interesante en cuanto sus lineamientos se pueden ubicar dentro de la teoría general del proceso. Estos perfiles constituyen verdaderos elementos para la calificación del Derecho procesal agrario en cuanto ofrecen una posibilidad para responder, afirmativa o negativamente, al interrogante: ¿es el Derecho procesal agrario una nueva clasificación jurídica?

Naturalmente, dadas las dificultades que entraña en el plano científico la nueva clasificación jurídica, sobre todo si se le exige un alto grado de universalidad en cuanto a elementos particulares comunes en los diversos ordenamientos jurídicos, se parte de la hipótesis del Derecho agrario como Derecho histórico desarrollado a nivel procesal en los ordenamientos jurídicos en los cuales éste constituye una parte importante como conjunto normativo; además, siendo la presente investigación un estudio de Derecho comparado que ha reducido su ámbito al aspecto procesal del Derecho agrario en Latinoamérica, no pretende solo unificar sino principalmente armonizar (1) en línea de principios todo un conjunto conceptual que existe en forma normativa para encontrar los rasgos más importantes que sirvan a su vez para definir un entero sistema, sin pretensiones de ignorar los ordenamientos jurídicos fuera de este ámbito, o bien, partir de una equivocada tesis de encontrar una clasificación jurídica reclamada solo en un ámbito determinado.

Así como existe relatividad histórica del contenido del Derecho agrario, la hay en el Derecho procesal agrario; en consecuencia, este estudio intenta perfilar —con base en las directivas encontradas— un conjunto de lineamientos que luego deberán confrontarse para otros sistemas que por el momento sí reclaman universalidad para el naciente sistema procesal agrario latinoamericano.

2. Un primer aspecto a definir en relación al Derecho procesal agrario es si éste implica, o no, el rompimiento de la unidad del Derecho procesal (como se dio en el ámbito del Derecho privado (2) con ocasión del nacimiento del Derecho agrario), y sus eventuales consecuencias.

La referencia a la unidad del Derecho procesal tiene íntima relación con la unidad del ordenamiento jurídico, y en el aspecto particular con la unidad de la jurisdicción. Partiendo de un criterio amplio de jurisdicción (3) se logra afirmar sin ninguna dificultad que la unidad de la función jurisdiccional *"no impide que, cuando la misión de la administración de justicia se confía a diversos conjuntos de funcionarios a los que se atribuyen materias distintas objetivamente y se marcan reglas varias de actividad, no pueda hablarse de diferentes clases de jurisdicción"* (4). Considerada como función única y homogénea la jurisdicción existe independientemente de la naturaleza de las causas ejercitadas delante de ella (5) porque las distinciones se encuentran basadas en una diversidad del

---

(1) No se olvida ni un momento que "el estudio de la armonización constituye actualmente, al lado de la unificación jurídica, una de las tareas del Derecho comparado", DAVID, R., Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Aguilar, Madrid, 1969) p. 8.

(2) Para todo véase IRTI, N., Dal Diritto civile al Diritto agrario (Giuffrè, Milano, 1962) p. 103-06.

(3) Es decir, no se parte del criterio de jurisdicción como la justa composición de los litigios (CARNELUTTI, F., Istituzioni del processo civile, Foro italiano, 5 ed., Roma, 1957, I, n. 17) sino como actuación de la ley por parte de los órganos públicos destinados para ellos (CHIOVENDA, G., Istituzioni di Diritto processuale civile, Jovene, 2 ed., Napoli, 1936, II, p. 1) comprendiendo pues "también aquellos casos que no entrarían dentro de los límites tradicionales" (CALAMANDREI, P., Istituzioni di Diritto processuale civile, publicado ahora en *Opere Giuridiche*, al cuidado de Mauro Cappelletti, Morano, Napoli, 1970, IV, p. 79).
Es muy importante tener una visión amplia de la jurisdicción pues "el problema de la jurisdicción considerado en una visión unitaria del ordenamiento, constituye el presupuesto de todos los otros problemas, porque a éste todos los otros se dirigen" (SATTA, S., voz Giurisdizione (nozioni generali) publicado en *Enciclopedia del Diritto*, XIX, 1970, p. 218-29, 228).

(4) GUASP, J., Derecho procesal civil (Instituto de estudios políticos, 3, Madrid, 1977) p. 105.

(5) CALAMANDREI, P., Istituzioni di Diritto processuale civile, *supra* nota 3, p. 158.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

objeto y no funcional (6), es decir se refieren a la materia sobre la cual se ejercita; en consecuencia la distinción entre jurisdicción civil, penal, laboral, contenciosa-administrativa, agraria, se reduce en sustancia a la distinción entre causas civiles, penales, laborales, contencioso administrativas y agrarias. Desde este ángulo, en principio, la existencia del Derecho procesal agrario no implica ningún rompimiento de la unidad del Derecho procesal pues participa de éste completamente y solo se daría el rompimiento si debiera declararse autónomo hacia lo externo del conjunto, es decir de la jurisdicción misma.

La existencia del Derecho procesal agrario se puede explicar científicamente porque el Derecho procesal, en sí, tiene internamente diferentes territorios procesales de carácter especial (7) los cuales se encuentran condicionados a su vez por la dialéctica de la especialidad del Derecho sustancial (8) que permite su nacimiento. La aparición de nuevos conjuntos procesales caracterizados por ciertos rasgos que obedecen a su vez a exigencias particulares no violan el principio básico de la unidad esencial del Derecho procesal (9), antes bien, reafirman la unidad fundamental del ordenamiento jurídico al compenetrarse el derecho sustancial y procesal (10) pues el segundo constituye la necesidad social del primero (11) de cuya unión adquiere el Derecho la certeza (12).

El Derecho procesal agrario para participar de la unidad del Derecho procesal y de la jurisdicción no se encuentra obligado a seguir ciertas particularidades propias de otros territorios del Derecho procesal. Su afirmación consiste precisamente en identificarse a través de lineamientos generales o principios cuya validez institucional permiten encontrar en el plano científico ciertos rasgos de organicidad y completez por los cuales se identifica y diferencia de los demás territorios. Es por ésto que la explicación de la existencia misma del Derecho procesal agrario se encuentra en la correlatividad entre jurisdicción y proceso que han impuesto la aparición de una clase jurisdiccional determinada, tomando en cuenta el proceso (13) agrario.

3. Corresponde entonces al jurista encontrar esos rasgos de completez y organicidad, requisito científico indispensable para la existencia de un verdadero Derecho procesal agrario, pues el simple hecho de explicarse cómo puede existir un determinado territorio dentro del Derecho procesal no es suficiente para afirmar claros rasgos de autonomía interna.

Es evidente que en línea de principios las características de un proceso constituyen un soporte importante, pues son realmente ellas las que le otorgan un alto grado de personalidad para identificarse, y a la vez diferenciarse, de los demás terri-

---

(6) "Resulta claro que la distinción del derecho procesal en varias ramas —sostiene CALAMANDREI— no depende de una diferencia de función, porque la jurisdicción que se ejercita a través del proceso es única e idéntica, independientemente de la forma y el orden en el cual se sucedan los actos procesales; pero solamente de una diferencia de objeto, es decir al variar las relaciones controversiales, cuya diferente sustancia económica y la correspondiente diferente importancia social, pueden exigir instrumentos de investigación y de tutela construidos en forma diferente"(CALAMANDREI, P., Diritto agrario e processo civile, relación presentada al Primo Congresso nazionale de Diritto agrario italiano, publicado en *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario*, Tip. M. Ricci, Firenze, 1935, luego en *Studi sul processo civile*, Cedam, Padova, 1939, IV, p. 15-32, ahora en *Opere Giuridiche*, al cuidado de Mauro Cappelletti, Morano, Napoli, 1965, I, p. 279-94, 279).

(7) En este sentido se pronunció —como se hizo referencia *supra* capítulo II— FIX ZAMUDIO, H., Introducción al Derecho procesal social publicado en el volumen *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada* (Instituto español de Derecho procesal, Madrid, 1965) p. 497-526, 517.

(8) En efecto "porque el proceso sigue al derecho como la sombra sigue el cuerpo y, no obstante su autonomía científica siempre mejor afirmada en estos últimos decenios, el derecho procesal, como instrumento práctico del derecho sustancial, se conforma y plasma necesariamente sobre las exigencias de éste" (CALAMANDREI, P., Diritto agrario e processo civile, *supra* nota 6, p. 279.

(9) "La pluralidad de tipos procesales —sostiene GUASP— no destruye, sin embargo, la unidad conceptual de la figura procesal, la cual, fundamentalmente sigue siendo idéntica en cada una de sus normas" (GUASP, J., Derecho procesal civil, *supra* nota 4, p. 27).

(10) "Resulta —afirma CALAMANDREI— que toda norma de derecho sustancial puede penetrar en el proceso como fuente de deber del órgano judicial, de dar a su procedimiento un cierto contenido: y es precisamente este aspecto procesal por el cual toda norma de derecho sustancial puede tomar, cuando se trata de aplicarla en juicio, el puente a través del cual el derecho subjetivo y el proceso se comunican entre ellos, y se reafirma la fundamental unidad del ordenamiento jurídico" (CALAMANDREI, P., Istituzioni di Diritto processuale civile, *supra* nota 3, p. 201).

(11) El derecho procesal es "efecto de la necesidad social a la que la idea del proceso obedece y causa de la institución jurídica que se establece para dar remedio a aquella necesidad": GUASP, J., Derecho procesal civil, *supra* nota 4, p. 31.

(12) "Carácter esencial del derecho es la certeza; y ésta no subsiste si no cuando sea cierto que, en caso de inobservancia del derecho, entra la garantía jurisdiccional para hacerlo observar" (CALAMANDREI, P., Istituzioni di Diritto processuale civile, *supra* nota 3 p. 168).

(13) "La correlación que existe entre jurisdicción y proceso impone la determinación de clases jurisdiccionales se haga teniendo en cuenta los tipos de proceso reconocidos" (GUASP, J., Derecho procesal civil, *supra* nota 4, p. 106).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

torios del Derecho procesal, es más, se debe afirmar que también constituyen el vehículo para iniciar el planteamiento de la nueva clasificación que se busca.

En el caso concreto del Derecho procesal agrario —siguiendo la metodología planteada (14)— se ha podido corroborar para el sistema procesal agrario latinoamericano, a través de sus institutos, la existencia de características particulares bien definidas en cuanto a las directivas fundamentales del proceso agrario. Es más, las que en un principio aparecían —en línea de hipótesis— como características tendenciales ahora se pueden comprobar debido a la existencia de los principios procesales presentes en los ordenamientos jurídicos agrarios de México, Perú y Venezuela, aun cuando puedan haber pequeñas variantes de definición producto de la misma historicidad de los ejemplos.

En consecuencia, se reafirma definitivamente la existencia de características particulares propias del proceso agrario en Latinoamérica como consecuencia del estudio comparativo de los principios procesales de los institutos del sistema. Entonces, el proceso agrario se encuentra basado en una concepción moderna, destacándose del proceso civil tradicional, inspirado en el principio de la oralidad (y con él en el de la inmediatez y la concentración) para cumplir con las exigencias económico-sociales propias de la naturaleza de su materia y ser más rápido, más económico, menos formal, menos fiscal: en suma un proceso en que las **simplificaciones procesales** constituyen la norma; también el proceso agrario se caracteriza por tener una particular inspiración que le ha dado al Juez una función activa para adquirir un carácter social-asistencial, con amplios poderes, para atenuar el principio dispositivo declarando de interés público la conducción del proceso para encontrar la verdad y hacer justicia; y, en igual forma, el proceso agrario garantiza la tutela de los derechos de los sujetos agrarios haciendo la justicia accesible a todos por la gratuidad de ésta y de la defensa técnica.

4. El hecho de corroborar las características propias del proceso agrario tiene de importancia que éstas le dan un alto grado de especificidad científica que efectivamente lo identifican y diferencian de los demás.

Esta especificidad del proceso agrario se encuentra ahora constituido por dos factores fundamentales: por una parte por la influencia del sistema Chiovendiano y el principio de la oralidad que el proceso agrario ha encontrado como soporte institucional e ideológico para concebir su propia estructura conforme a las exigencias de la materia jurídica agraria, y, el segundo constituido por ese fenómeno presente en los ordenamientos jurídicos modernos de la publicización o socialización del Derecho agrario y su proceso.

En cuanto al primer factor, el proceso agrario moderno se ha inspirado en el sistema procesal creado por CHIOVENDA (15) para el mundo latino —basado en dos conceptos fundamentales: la acción y la relación jurídica procesal (16)— con un

---

(14) En este sentido véase ZELEDON, R., Derecho y proceso agrario, publicado en la *Revista Judicial*, número 14, p. 21-33.

(15) Separándose completamente del uso de tomar como modelo para los estudios procesales la legislación y la doctrina francesa, CHIOVENDA se inspiró en la corriente neo-pandectista alemana. La influencia de aquella escuela es bastante considerable en este autor pues existen muchos rasgos particulares que sobresalen: la novedad del método empleado obedece a denominado histórico-sistemático, introducido por SAVIGNY y ampliado más tarde por juristas alemanes como PUCHTA, IHERING, WINDSCHEID; el recurso a la historia como elemento vital de los institutos jurídicos singulares es el resultado directo del método, así es como lo hizo también la pandectística con el estudio sistemático del Derecho romano común que representó para ellos la construcción de un sistema inspirado en la máxima racionalidad y fundado esencialmente sobre las reglas de la lógica formal.
No hay que descuidar que la pandectística recupera la dimensión del derecho objetivo repudiando los postulados filosóficos del iluminismo, y al tratar de instaurar el sitema tendía a la unión entre derecho objetivo y derecho subjetivo véase ORESTANO, V., voz Azione in generale, publicado en la *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1959, IV, p. 791) cuya especulación jurídica influenció toda la Alemania de la época, a la cual no escapó CHIOVENDA.
También la pandectística llevaba a una exaltación del momento privatístico, mejor dicho de una absoluta autonomización de éste respecto a las otras ramas del Derecho, y en el caso procesal favoreció su separación del Derecho civil para ingresar en el sector público (ORESTANO, V., *ibid*, p. 790).
En este ambiente cultural es que CHIOVENDA inicia la construcción de su sistema de Derecho procesal.

(16) El primer concepto: la acción, se encuentra unido a la finalidad misma del proceso, está encuadrada en la doctrina de la actuación de la ley (la acción es considerada como el poder jurídico, esencialmente autónomo respecto al sustancial, para dar ser a la condición de actuar la voluntad de la ley). "El proceso —sostiene CHIOVENDA— debe dar, por cuanto es posible prácticamente, a quien tiene un derecho, todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho de conseguir" (CHIOVENDA, G., Principi di Diritto processuale civile, *supra* nota 3, p. 790). Antes de iniciar el juicio la (justa) parte ya es titular de un derecho subjetivo perfecto —pues la voluntad general y abstracta de la ley ya es concreta para el sujeto con el verificarse del hecho o del conjunto de hechos previstos por la norma— aún cuando ese derecho no sea respetado por otro sujeto. Valiéndose de aquel particular derecho potestativo, autónomo y de naturaleza pública que es la acción, el interesado le da vida a la condición para que se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

fin no solo teórico, sino, también, práctico (17) para ser alternativa del proceso civil tradicional, en el cual la oralidad procesal (18) constituía el nombre-símbolo (19) de todo un movimiento referido no solo a la forma particular de los actos procesales (la oral, contrapuesta precisamente a la escrita) sino como conjunto de preposiciones de todo un modo de ser del proceso, es decir como modelo ideal opuesto al proceso civil anterior. Las implicaciones del principio se resumen en el dominio de la palabra como medio de expresión, sin excluir la escritura en la preparación y documentación (20), para que también se encuentre presente el principio de la inmediatez (21), la identidad física del juzgador (22), la concentración (23) y un reforzamiento de los poderes del Juez (24) para poder conducir satisfactoriamente el juicio hacia la búsqueda de la verdad.

El otro factor de la especificidad científica del nuevo proceso agrario se encuentra constituido por la publicización o socialización del moderno Derecho agrario y su proceso. En efecto, la indiscutible publicización ocurrida en el contenido del Derecho agrario (25) en los últimos años ha ocasionado como era de esperarse una publicización en el proceso (26), cuyas consecuencias inmediatas son una redefinición institucional a ambos niveles que ha implicado un cambio radical en la concepción tradicional, es por ésto que en materias como la agraria —en rápida transformación (27)— las normas jurídicas se encuentran en un estadio diverso, sobre todo en la medida en que participan de ele-

---

produzca de frente a su adversario el efecto jurídico de la actuación de la ley, cuya concretización se da en el proceso a través de la sentencia.
El segundo, la relación jurídica procesal, se considera como los derechos y obligaciones que éste pone a favor y contra los varios sujetos del proceso, que es el mayor índice de la existencia en el proceso de una relación, que CHIOVENDA no logra definir autónomo, complejo y perteneciente a la esfera del Derecho público.

(17) El trabajo iniciado por CHIOVENDA no fue simplemente teórico pues en su época lo que buscaba era la reforma del código de procedimientos civiles italiano de 1865, cuya lucha se identificaba con la construcción chiovendiana identificada con el nombre de "oralidad".
El origen de esta concepción toma cuerpo por la influencia de las reformas a la normativa alemana y austriaca —impulsadas por KLEIN y MENGER— de 1865 y 1879.

(18) Valga decir que la oralidad procesal no constituye una invención o descubrimiento de CHIOVENDA, ésta es producto del proceso romano clásico, del cual el mismo autor hacía referencia, estudiada en profundidad por la literatura jurídica alemana al final del Siglo XVIII. La oralidad chiovendiana representa, en la historia del instituto, solamente un momento, que es el más significativo.

(19) Sostiene CHIOVENDA que "la oralidad tiene una serie de consecuencias procesales que son igualmente importantes a la oralidad misma. Diciendo *"principio de la oralidad"* se comprende en una formulación necesariamente breve y representativa toda aquella serie de consecuencias. Por ésto el proceso oral es conjunto, más o menos, de aquello que un profano podría pensar oyendo la palabra *"oralidad"* Principi di Diritto processuale civile, *supra* nota 16, p. 680-81).
Para una mayor profundización véase del mismo autor Le forme della difesa giudiziale del diritto, p. 353 ss., Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno, p. 379 ss., Lo Stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Oralando di riforme processuali, p. 395 ss., todos en *Saggi di Diritto processuale civile (1900-1930)* (Soc. Foro italiano, Roma, 1930) en los cuales se encuentran las líneas fundamentales del pensamiento más maduro del autor presente también en las últimas ediciones de su libro Principii di Diritto processuale civile.

(20) La discusión oral supone un debate oral pero no excluye la escritura en el proceso "porque la escritura como medio perfeccionado, de la cual ella es, de expresar el pensamiento y de conservar en forma durable la expresión, no puede no tener en el proceso aquel lugar que tiene en toda otra relación de la vida" (CHIOVENDA, G., Saggi di Diritto processuale civile, *supra* nota 19, p. 23).

(21) Esto revela sobre todo que "el juez deba conocer de la actividad procesal (deducciones, interrogatorios, exámenes, testimoniales, careos, pericias, etc.) no en base a la muerta escritura, sino en base a la impresión recibida, aún cuando sea refrescada con escritos, de esta actividad acaecida delante suyo, por él, como si se dijera vivida" (CHIOVENDA, G., Principi di Diritto processuale civile, *supra* nota 16, p. 683).

(22) Se requiere la identidad física del juzgador en la tratación de la causa en el sistema oral porque solo el sistema escrito puede permitir que las diversas fases del proceso sean conocidas por jueces diferentes. El proceso oral precisamente porque se basa sobre la inmediatez entre el Juez, las partes, los testigos, etc. impone que quien deba juzgar sea el mismo juez (singular o colegial) que ha conocido de la instrucción (CHIOVENDA, G., Saggi di Diritto processuale civile, *supra* nota 19, p. 415).

(23) La concentración es un principio fundamental en la concepción chiovendiana, en cuanto permite el tratamiento de la causa en pocas audiencias separadas por un espacio particularmente corto. La concentración se opone a la eventualidad, motivo por el cual viene recomendada la inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias.

(24) "En el proceso civil moderno —escribía CHIOVENDA— el juez no puede conservar la actitud pasiva que existía en el proceso de otros tiempos. Es ya un concepto adquirido del moderno derecho público que el Estado está interesado en el proceso civil. . . El juez, entonces, debe tener hoy también en el proceso civil una autoridad que hace un tiempo no tenía", en Principi di Diritto processuale civile, *supra* nota 16, p. 686.

(25) Cfr. CARROZZA, A. y ROMAGNOLI, E. L'orientamento attuale del Diritto agrario, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1974, p. 741-54, específicamente 753.

(26) Véase GERMANO', A., Il processo agrario (Giuffrè, Milano, 1973) p. 77.

(27) CAPPELLETTI, M., Il problema processuale del Diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrice delle costituzione moderne, publicado en *Atti della Seconda Assemblea dell'Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato* (Giuffrè, Milano, 1964) I, p. 475-514, 487.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mentos como la socialización (28) producto precisamente de la nueva naturaleza del Estado social de Derecho (29). Esta publicización o socialización ha operado, concretamente en el proceso, por la influencia del derecho sustancial (30), tres consecuencias inmediatas: por una parte la urgente necesidad de concebir un proceso moderno, divorciado del tradicional; declarar de interés público la búsqueda y declaración de la verdad otorgándole al Juez poderes suficientes en el proceso para que sea el conductor y administrador no solo de los extremos que se discuten frente a sí, sino, en modo especial, de la investigación para lograr que sus sentencias logren unir en forma estrecha la verdad real y la verdad legal (31); y, finalmente, socializar la justicia (32) para que todos los sujetos procesales puedan concurrir en un proceso menos formal y menos costoso (33) para que también los no habientes tengan la posibilidad de encontrar respuesta a sus necesidades (34).

En el caso de la adopción del sistema procesal chiovendiano la especificidad se manifiesta porque en el mismo sistema se encuentran respuestas científicas concretas a problemas particularmente interesantes, como podría ser el reducir la normativa del proceso agrario a la teoría general del proceso, con los cuales el proceso agrario con sus características particulares adquiere su propia personalidad institucional. Con la publicización o socialización del Derecho agrario y su proceso el fenómeno es un poco diverso al anterior porque no constituye la estructura de la especificidad, sino precisamente la esencia de esa estructura, es decir, con este segundo factor se establece más el grado de la especificidad que la especificidad misma.

5. Corresponde ahora plantear el problema fundamental de la autonomía del Derecho procesal agrario.

La doctrina, específicamente ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO (35), para comenzar, ha sostenido que el proceso agrario poseerá autonomía o substantividad en la medida en que (a) sea instrumento indispensable, o por lo menos el más adecuado, para canalizar un sector de litigios con un mínimo de características comunes, (b), que reclame órganos especialmente adscritos para emitir el pronunciamiento jurisdiccional sobre los mismos, y (c), que requiera de una tramitación peculiar para alcanzar tal objetivo. Las exigencias planteadas han sido satisfechas por el nuevo proceso. La experiencia del sistema procesal agrario ha demostrado que (a) solo a través del proceso agrario se pueden conocer las causas propias del contenido del Derecho agrario en virtud de la especial naturaleza de las normas que hacen refe-

---

(28) CAPELLETTI, M., Ideologie nel diritto processuale, que es la lección leída el 28 de julio de 1962 en la ceremonia de inauguración del Año académico en la Universidad de Macerata, publicado en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1962, ahora en el volumen *Processo e ideologie* (Il Mulino, Bologna, 1969) p. 3-34, 25.

(29) "En cuanto fenómeno social de masa, el proceso impone un serio tratamiento social, si es verdad que la característica del Estado moderno es de ser —o de querer y deber ser— un Estado social de derecho", en *Giustizia e Società* (Edizioni di Comunità, 2 ed., Milano, 1977) p. 225-32, 225.

(30) El proceso y el derecho son dos diversas expresiones complementarias de la realidad social, por eso el proceso "debe ser necesariamente construido como el instrumento del derecho sustancial" (CALAMANDREI, P., Istituzioni di Diritto processuale civile, *supra*, nota 3, p. 24) pues "el derecho procesal no es en verdad fin en sí mismo, sino que es instrumento al fin de la tutlela del derecho sustancial, público y privado; éste está, en suma, por así decirlo, al servicio del derecho sustancial, del cual tiende a garantizar la efectividad o sea la observancia y, para el caso de inobservancia, la reintegración" (CAPPELLETTI, M., Ideologie nel diritto processuale, *supra*, nota 28, p. 5).

(31) Para todo véase CALAMANDREI, P., Il processo inquisitorio e il diritto civile, publicado recientemente en *Opere giuridiche*, I, p. 415-26, y, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio, ibid*, p. 145-76).

(32) "Hacer la justicia accesile a todos, simplificar, socializar la justicia: esta es una idea que ha representado, a partir de fines del siglo pasado, la exigencia más avanzada y más moderna que ha intentado invadir, aunque a menudo sin lograrlo, todo el fenómeno del proceso civil" (CAPPELLETTI, M., Per una nuova giustizia del lavoro, publicado recientemente en *Giustizia e Società*, p. 305-31, 329).

(33) "Cuando se considera al proceso como fenómeno social de masa, se tienen presente sobre todo dos aspectos: a) el de la duración; b) el del costo", en CAPPELLETTI, M., Il processo come fenomeno sociale di massa, *supra* nota 29, p. 225. En efecto "uno de los males peores de que puede estar aquejado la administración de justicia es su excesivo costo. Una justicia muy cara o simplemente cara, equivale a una justicia accesible a muy pocos, se tenga o no derecho" (GUTIERREZ DE GABIEDES, E., El derecho procesal en la hora presente, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, p. 553-80, 563).

(34) "Es obvio en efecto que la parte económicamente menos fuerte se encuentra en una situación de menor resistencia tanto de frente a un proceso excesivamente largo como de frente a un proceso excesivamente costoso. Un proceso social por excelencia es aquél que de un lado evita excesivos alargamientos, y por otro, es accesible también a la parte menos habiente y no habiente" (CAPPELLETTI, M., Il processo come fenomeno sociale di massa, *supra* nota 29, p. 26).

(35) ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N., Delimitación del proceso agrario: litigio, jurisdicción, procedimiento, publicado en *Atti della seconda assemblea dell'Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato*, Giuffrè, Milano, 1954, II, p. 341-64, 434.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

rencia a situaciones económico-sociales particulares, cuya tutela se pierde en otra sede que no sea precisamente la agraria, motivo por el cual ese novísimo proceso se encuentra caracterizado por una serie de aspectos adaptados precisamente para satisfacer las necesidades propias de la disciplina, además, el mismo proceso agrario ha exigido el establecimiento de órganos (b) adscritos la mayoría de las veces al Poder Judicial, para conocer de las causas agrarias a través de un procedimiento particularmente especial (c) con base en una competencia referida al contenido de ese Derecho, e inspirado en principios procesales particulares que han permitido el cumplimiento cabal de las exigencias del Derecho sustantivo.

En todo caso la autonomía que se busca debe hacer referencia al Derecho procesal agrario y no al proceso, aún cuando despejar cualquier objeción a ese respecto sea importante.

La doctrina (36) tradicionalmente ha exigido para que una rama jurídica adquiera su autonomía que cumpla con el requisito de ser autónoma en los planos (a) científico, (b) legislativo, y (c) didáctico.

Legislativamente el Derecho procesal agrario es autónomo en cuanto encuentra todo un sistema de fuentes en la normativa que ha configurado la jurisdicción agraria en los diversos ordenamientos jurídicos de Latinoamérica, por ejemplo en la Ley federal de reforma agraria mexicana (37), en la Ley de reforma agraria peruana (38), y en la Ley orgánica de tribunales y procedimientos agrarios de Venezuela (39). En la actualidad se ha aceptado que no es necesaria la vieja aspiración de un código especializado (40) motivo por el cual la normativa dictada, bien en forma autónoma o dependiente de todo un conjunto normativo iusagrario, es suficiente para cumplir con la exigencia de la autonomía en el plano legislativo.

Desde el punto de vista didáctico (41) se hace referencia no solo a la enseñanza en sí de la materia sino, también, de la investigación de la misma y de existencia de una doctrina particular encargada de su estudio —motivo por el cual algunas veces se ha confundido la didáctica con la científica— de ahí que en el caso del Derecho procesal agrario se deban corroborar ambos extremos. En cuanto a la enseñanza del nuevo Derecho procesal en diversos países —aún en aquellos en que no hay un sistema procesal agrario especializado— existen desde hace muchos años cátedras particularmente especializadas en el desarrollo de la materia (42); y, en cuanto a la doctrina esas mismas cátedras han permitido el desarrollo creciente de obras tendientes a servir de instrumentos didácticos a esas cátedras y también a ir madurando jurídicamente la materia (43).

La autonomía científica es la que más problemas implica, sin embargo es la que en forma muy especial se ha atendido en la investigación. En efecto al demostrar la existencia de un conjunto de características especiales del proceso agrario se llegó a la aceptación a su vez de la presencia de un determinado grado de especialidad científica del mismo proceso cuya trascendencia no se queda ahí. En verdad especificidad quiere decir especialidad, especialidad que en el complejo ámbito de un sistema procesal, como el chiovendiano, el proceso agrario adquiere rasgos fundamentales como es el de la organicidad, que le da internamente lógica y coherencia para facilitar su tratamiento científico, además esa misma organicidad es consustancial a la completez en virtud de la cual el estudio científico del Derecho procesal agrario se encuentra dentro de una órbita particular. En consecuencia hay que declarar también la autonomía científica del Derecho procesal agrario.

Siendo autónomo es hasta ahora que se puede declarar la existencia del Derecho procesal agrario como una nueva clasificación jurídica.

---

(36) Para todo véase la discusión en torno a la autonomía del Derecho agrario aparecida en la *Rivista di Diritto Agrario*, años 1928-1931, reportada en ZELEDON, R., Derecho y proceso agrario, *supra* nota 14, p. 24.

(37) Ley federal de reforma agraria del 16 de abril de 1971, publicada en el Diario Oficial No. 41 del 16 de abril.

(38) Ley de reforma agraria No. 17716 del 24 de junio de 1969.

(39) Ley orgánica de tribunales y procedimientos agrarios del 14 de abril de 1976.

(40) En este sentido CARROZZA, A., **L'autonomia del diritto agrario** publicado en el volumen colectivo *Manuale di Diritto agrario italiano* (U.T.E.T., Torino, 1978) p. 39.

(41) CARROZZA, A., *Ibid*, p. 38-39.

(42) A manera de ejemplo véase BENAVIDES, G.A., Reforma social agraria (Temis, Bogotá, 1970). En la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, en el año 1979, el profesor RICARDO ZELEDON impartió el curso Derecho y proceso agrario en América Latina.

(43) Un elenco de la amplia bibliografía —reflejo a su vez de la doctrina— procesal agraria en América Latina se ha reportado en el artículo ZELEDON, R., La doctrina procesal agraria, publicado en *Revista Judicial* No. 16.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

La declaración de la nueva autonomía —para la cual fue necesario corroborar tantos extremos— encuentra lógica en cuanto los ordenamientos jurídicos ofrecen diferentes tipos de equilibrio entre los intereses colectivos e individuales de las diferentes ramas del Derecho sustantivo (44), sin descuidar, naturalmente, una amplia variedad de elementos extraprocesales de carácter económico, cultural y político (45) que adquieren particular importancia, es decir, cada una vez que una nueva rama procesal aparece obedece en buena medida a la diversa coloración privatista o publicista (46) de la materia a la cual el proceso deba servir como instrumento, pero también —ideológicamente— la evolución del Derecho conduce hacia la especialización o diversificación (47) de las materias por la presencia de nuevos fenómenos sociales y económicos.

El problema del proceso agrario, y por tal del Derecho procesal agrario, como se ha afirmado, no es más que otra manifestación de aquel otro más amplio de la autonomía del Derecho agrario (48). En este sentido, el haber partido en esta investigación en sentido inverso para la demostración de la autonomía del Derecho procesal agrario, es decir, sin hacer referencia directa al sustantivo, cuando se ha logrado su demostración se llega a una consecuencia muy importante: siendo el Derecho procesal agrario producto del sustantivo (49), dado su carácter instrumental secundario (50), los logros alcanzados en el plano científico obedecen más que nada al sustrato jurídico alcanzado por el Derecho agrario, en consecuencia la autonomía de éste se corrobora y confirma, pues resulta partícipe directo de aquellos rasgos de especialidad, organicidad y novedad (51) que devienen en fundamentales.

---

(44) "Si en un mismo ordenamiento jurídico coexisten diferentes ramas de derecho sustancial en el cual el equilibrio entre el interés colectivo y el individual ha adquirido un diferente grado de coordinación, es necesario que en el mismo ordenamiento jurídico coexistan otros tantos tipos de proceso, en los cuales sea graduada en forma diferente, en correspondencia con las exigencias del derecho sustancial, la relación entre la iniciativa oficial y la iniciativa de la parte" (CALAMANDREI, P., Istituzioni di Diritto processuale civile, *supra* nota 3, p. 193).

(45) La autonomía del derecho procesal "significa una cierta abstracción de algunos elementos de este derecho del objeto sustancial del proceso; pero no significa también, al mismo tiempo, necesaria abstracción de tales elementos de todo fundamento extrajurídico, extraprocesal, cultural, político, económico, ideológico" (CAPPELLETTI, M., Ideologie nel diritto processuale, *supra* nota 28, p. 27).

(46) "Cada vez que en el derecho procesal se diferencia un tipo de procedimiento por razones de materia éste está en función de la más o menos coloración publicista o privatista que es propia de aquellas normas de derecho sustancial, a las cuales el proceso debe servir de instrumento" (CALAMANDREI, P., Istituzioni di Diritto processuale civile, *supra* nota 3, p. 195).

(47) "La evolución del Derecho conduce lógicamente hacia su especialización o diversificación, a medida que los fenómenos sociales de todo orden que debe regular, se complican y se transforman. Si permaneciera estático, se haría pronto incapaz de cumplir sus funciones, ya que la realidad social evoluciona constantemente" (DEVIS ECHANDIA, H., Nociones Generales de Derecho procesal civil, Aguilar, Madrid, 1966, p. 6).

(48) Véase en este sentido CAPPELLETTI, M., Il problema processuale del Diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrice delle costituzione moderne, *supra* nota 27, p. 481.

(49) En este sentido GERMANO', A., Il proceso agrario *supra* nota 26, p. 193.

(50) CAPPELLETTI, M., Il problema processuale del Diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrice delle costituzione moderne, *supra* nota 27, P. 501.

(51) Cfr. CARROZZA, A., L'autonomia del Diritto agrario, *supra* nota 40, p. 45-49.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

RENUNCIA Y DESISTIMIENTO DEL MEDIO IMPUGNATIVO EN EL PROCESO PENAL

Dr. Francisco Castillo González.
Profesor de Derecho Penal.
Universidad de Costa Rica.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1. Expresamente confiere el artículo 457 Cód. proc. pen. el poder del Ministerio Público, a las partes y a sus defensores, de desistir de un recurso planteado.

El Código procesal penal permite la renuncia tácita a plantear el medio impugnativo; ella ocurre cuando la parte deja transcurrir el plazo útil para impugnar, sin hacerlo. A la renuncia expresa no se refiere directamente el legislador, pero hay disposiciones que suponen que tanto el Ministerio Público como las partes y sus defensores pueden renunciar expresamente a plantear el recurso. Así, el artículo 457 Cód. proc. pen. dispone que, si fuere admisible el recurso del imputado, el demandado civil puede recurrir de la sentencia que declare su responsabilidad, aunque aquél no impugne la sentencia, "renuncie a recurrir o desista". Del mismo modo, el artículo 448 Ibid. establece que el Ministerio Público puede recurrir "en virtud de la decisión del superior jerárquico, no obstante el dictamen contrario que hubiere emitido antes". Tal artículo solamente puede referirse a la renuncia expresa a impugnar hecha previamente por el órgano inferior del Ministerio Público. No se refiere a la renuncia tácita, consecuencia del paso del tiempo útil, porque nadie habría podido dudar que, en el caso de falta de ejercicio del derecho de impugnación por el órgano inferior del Ministerio Público, no esté también precluido el ejercicio de ese derecho al órgano superior (1). Por último, el artículo 149 inc. 2 Cód. proc. pen. permite el saneamiento de nulidades relativas, cuando los que tengan derecho a oponerlas "hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto".

2. A partir de las disposiciones citadas puede deducirse la existencia del derecho a renunciar del medio impugnativo a que se tiene derecho, antes de plantearlo. No tendría sentido reconocer el derecho a renuncia tácita, —por el transcurso del término para recurrir—, y el derecho a desistir del recurso ya planteado, pero negar al mismo tiempo el derecho de renuncia expresa. Las tres instituciones reposan sobre el mismo principio; a saber, el derecho del impugnante a apreciar la conveniencia del recurso y a disponer como mejor le parezca de sus posibilidades procesales (2). Lo anterior vale también para el Ministerio Público, con facultades discrecionales en la etapa de impugnación (3).

---

(1) Así, LEONE, "Sull'acquiescenza. . .", en Riv. Dir. Penit. 1937, pág. 773.

(2) Henkel, pág. 367.

(3) En el derecho italiano unos afirman y otros niegan, con disposiciones semejantes a las nuestras, el derecho a renunciar al establecimiento del medio impugnativo. Para unos tal derecho deriva de los principios generales y no requiere, para existir, consagración expresa (Así, LEONE, "Sull'acquiescenza. . .", pág. 773; MASSA, págs. 90 ss.); otros piensan que no estando expresamente previsto para los medios impugnativos, tal derecho no existe. (Así, PETRELLA, I, pág. 502; DEL POZZO, pág. 254). Esta última posición es seguida por la jurisprudencia italiana.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

II. RELACIONES ENTRE RENUNCIA Y DESISTIMIENTO.

3. Renuncia y desistimiento tienen, pues, la misma naturaleza. Sus relaciones están determinadas por dos circunstancias: primera, por el hecho de que el desistimiento del recurso ya planteado es simplemente una forma de renuncia del derecho a impugnar (4). La relación entre ambos conceptos es de género a especie. Por tanto, hay notas del desistimiento que no coinciden con los de la renuncia. Ello significa que en el caso concreto hay que examinar la declaración de voluntad contenida en el desistimiento para determinar, mediante su interpretación, si éste encierra al mismo tiempo una renuncia total y definitiva del medio de impugnación (5), porque tal cosa no puede presumirse en perjuicio del impugnante. Si no hay en el desistimiento voluntad de renuncia, quien desistió podría volver a plantear, si el término para impugnar aun no ha transcurrido, el recurso (6). Segunda, por el hecho de que la renuncia del medio impugnativo no fue regulada expresamente por el legislador, a diferencia del desistimiento. Por consiguiente, la reglamentación dispuesta para el desistimiento del recurso debe aplicarse analógicamente para resolver los problemas planteados por la renuncia. Ello es cierto especialmente con relación a las condiciones y presupuestos de ésta, teniendo en cuenta que la renuncia interviene, normalmente, antes de establecer el medio impugnativo, mientras que el desistimiento solamente puede ocurrir una vez que el recurso fue ya establecido. Pero siendo la renuncia el concepto más general, la categoría fundamental, es de ella que debe tratarse principalmente, en el entendido de que lo dicho sobre la misma valdrá para el desistimiento, mientras no se diga expresamente lo contrario.

4. Características comunes a la renuncia y al desistimiento son las siguientes:

a. Ambos pueden clasificarse como posibilidades procesales (7), que requieren solamente capacidad de acción procesal, aunque no capacidad de realizar actos negociales (8). Tal capacidad de estar en juicio debe establecerse, por ser presupuesto procesal, en casos de duda y para ello hay libertad probatoria (9). Desde luego, tal capacidad de estar en juicio importa cuando se trate de partes distintas al Ministerio Público.

b. Ambos, siendo lo contrario al establecimiento de un medio impugnativo, se presentan como posibilidades procesales disyuntivas: la parte puede escoger o la renuncia o el desistimiento del medio impugnativo, pero no ambos (10). Tal posibilidad procesal debe ser ejercida antes de que el término para impugnar haya transcurrido (11). Sobre la cuestión de saber a partir de cuándo las partes pueden desistir del recurso planteado, no hay mayores dificultades. Es evidente que el desistimiento interviene después de que el derecho a impugnar fue ejercido; con el acto de desistimiento la parte renuncia a las posibilidades procesales adquiridas por el sólo hecho de haber propuesto el gravamen y, entre ellas, la principal, que es obtener un pronunciamiento del Tribunal de la impugnación sobre el objeto de la causa (12). Por consiguiente, el desistimiento solamente puede ser

---

(4) Así, entre otros, DAHRMANN, pág. 15; DENCKER, pág. 12; SCHULZE, pág. 8; EB. SCHMIDT Lehrkomm. II, Parag. 302, Erl. 3; GRAF zu DOHNA, pág. 187; HENKEL, pág. 241.

(5) Así ERBS, Parag. 302, Anm. II; LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 6 d; KMR, Parag. 302, Anm. 6 a; BELING, pág. 345; GERLAND, pág. 398; SIEGERT, págs. 155, 183 s.; SAX, JZ, 1958, pág. 178.

(6) Schulze, pág. 8; DENCKER, pág. 16. El significado práctico de la cuestión, sin embargo, no debe ser sobrevalorado, por la cortedad de los términos para impugnar.

(7) En el moderno derecho procesal penal no puede hablarse de derechos y deberes de las partes, sino más bien de posibilidades y de cargas procesales. Así, EB. SCHMIDT, Lehrkomm., II, Parag. 302, Erl. 2; SCHULZE, pág. 10.

(8) Así, LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 1.

(9) Así, PETERS, pág. 219; LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 1. La capacidad de estar en juicio ("Verhandlungsfähigkeit") no es capacidad jurídica (por ello es distinta de la capacidad civil) sino capacidad de hecho. Puede definirse como la capacidad corporal y psíquica, variable según las circunstancias, de seguir las discusiones del debate o de realizar, con entendimiento, una acción procesal ("Prozesshandlung"). (En tal sentido, LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 1). Igualmente dice HENKEL (pág. 233), seguido por KERN-ROXIN (pág. 100) que el imputado tiene tal capacidad cuando puede "defender racionalmente sus intereses, cuidar de sus derechos y defenderse de modo inteligible y natural". La capacidad de estar en juicio debe distinguirse de la capacidad procesal (Así, PETERS, pág. 220; BELING, pág. 190). Puede haber incapacidad de estar en juicio de un sujeto que tiene capacidad procesal: por ejemplo el caso del imputado totalmente cansado, que no puede seguir el debate. Por el contrario, puede haber incapacidad procesal en un sujeto que sea capaz de estar en juicio: por ejemplo, el querellante de 17 años, que no ha alcanzado la edad requerida para ser capaz conforme a las leyes civiles.

(10) Así, DENCKER, pág. 16; SCHULZE, pág. 7.

(11) Así, LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 5.

(12) PETRELLA, I, pág. 484.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ejercido después de haber establecido el medio impugnativo, pero en cualquier momento anterior a aquel en que el juez del gravamen haya dictado sentencia (13). Dado que la renuncia a la impugnación supone que haya nacido el derecho a impugnar y tal derecho nace cuando el término para establecer la impugnación empieza a correr, es a partir de este momento, —cuando empieza a correr el término para impugnar—, que puede renunciarse a la impugnación (14).

c. Tanto la renuncia como el desistimiento son irrevocables (15), aunque no haya transcurrido el término para impugnar. Ello se explica fácilmente porque si el renunciante o quien desistió pudieran libremente revocar su acto, podrían también disponer libremente del momento en que la resolución judicial adquiere firmeza (16); ello haría nacer inseguridad jurídica. Por otro lado, tanto la renuncia como el desistimiento hacen nacer derechos de terceros, de los que el renunciante o quien desistió no puede disponer (17).

d. La voluntad de renunciar o de desistir debe ser expresamente y claramente manifestada, sin que sea necesario el empleo de palabras sacramentales (18). No exige el Código procesal penal una forma especial para el desistimiento en el artículo 457. Renuncia y desistimiento pueden ser orales, —"apud acta", con las formalidades establecidas en los artículos 97 ss. Cód. proc. pen.—, o escritos en cuyo caso deben ser debidamente firmados y autenticados por abogado.

Si quien planteó el recurso limitó éste desde el inicio a determinados puntos, no puede concluirse que también renunció a impugnar o desistió de los puntos de la resolución no tocados por él en el recurso (19).

En tanto que el artículo 459 Cód. proc. pen. permite al impugnante limitar la competencia del Tribunal de Alzada a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios, hemos de concluir que puede haber una renuncia o un desistimiento parciales (20).

e. Son ineficaces e inválidos la renuncia o el desistimiento hechos bajo condición (21). Un medio impugnativo puede, sin embargo, ser "retirado" para sustituirlo, en tiempo, por otro. En tal hipótesis no hay desistimiento ni renuncia del medio impugnativo sino un desistimiento jurídicamente condicionado (y no de hecho) a que el otro medio impugnativo, que se propondrá, sea aceptado (22).

f. La validez de la renuncia o del desistimiento depende, en el caso del imputado, de que tenga la capacidad de estar en juicio, como se dijo. La parte puede renunciar o desistir de la impugnación propuesta por ella o por su defensor; la renun-

---

(13) PETRELLA, I, pág. 498.

(14) Así, en el derecho alemán, entre otros, LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 6; EB. SCHMIDT, Lehrk., Parag. 302, Erl. 4; KMR, Parag. 302, Anm. 2d; SCHULZE, pág. 11; BUCHER, pág. 69; JOACHIM, págs. 265 s.

(15) Así, entre otros, en el derecho alemán, SCHULZE, pág. 8; LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 1; KERN-ROXIN, pág. 262; KMR, Parag. 302, Anm. 4 b; BELING, pág. 345; GRAF zu DOHNA, pág. 187; EB. SCHMIDT, Lehrk. Parag. 302, Erl. 3; SIEGERT, pág. 155; KLEINKNECHT, Parag. 302, Anm. 1. En el derecho italiano, PETRELLA, I, pág. 485; DEL POZZO, pág. 370; MANZINI, IV, pág. 670. Admite la posibilidad de revocatoria de la renuncia o del desistimiento, LEONE (III, pág. 84).

(16) Así, entre otros, SCHULZE, pág. 8.

(17) Así, PETRELLA, I, pág. 485.

(18) Entre otros, LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 16; EB. SCHMIDT, Lehrk. Parag. 302, Erl. 3; KMR, Parag. 302, Anm. 3 a. En el derecho italiano, entre otros, PETRELLA, I, pág. 497.

(19) En tal sentido, entre otros, SARSTEDT, Anm. Bay OBLG, en JR., 1968, pág. 146; LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302 Anm. 24 y 318 Anm. 2; KMR, Parag. 318, Anm. 1 a); SCHULZE, pág. 8 nota 4. El problema de saber si la impugnación limitada a determinados puntos encierra también una renuncia de los puntos no impugnados es una cuestión de interpretación del contenido de la manifestación de voluntad y de las circunstancias. Si el impugnante, que limita su impugnación a determinados puntos, no ha renunciado a impugnar los puntos no impugnados, puede hacerlo dentro del término para plantear el recurso. En tal sentido, LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 24.

(20) Tal sería el caso de que alguien, habiendo sido condenado por varios delitos, desista del recurso planteado solamente en cuanto algunos de ellos. Así, LOWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 26; KLEINKNECHT, Parag. 302, Anm. 1 B y 2 B; GOSSEL, pág. 306. También PETRELLA, I, pág. 488; MANZINI, IV, pág. 671. En Italia hay una corriente doctrinal (Así, DEL POZZO, pág. 375) y jurisprudencial que niega la posibilidad de renuncia o de desistimiento parciales. Una sentencia de la Corte de Casación italiana de 16 de mayo de 1953 (citada por PETRELLA, Loc. cit.) niega la posibilidad de un desistimiento parcial porque, —dice—, el artículo 206 del Código procesal penal italiano (igual a nuestro 457) "prevé indudablemente el desistimiento de todo el complejo negocio de la impugnación y no lo permite con relación a sólo algunos de los elementos que la componen". Tal argumentación no nos parece convincente: si ese artículo (nuestro 457) se refiriera a todo el negocio de la impugnación, entonces también sería permitido el desistimiento de parte de tal negocio, dado que lo que puede lo más, puede también lo menos.

(21) Entre otros, LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 29; GÖSSEL, pág. 306; KERN-ROXIN, pág. 262; KLEINKNECHT, Parag. 302, Anm. 3.

(22) LÖWE-ROSENBERG, Parag. 302, Anm. 6 b).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cia o el desistimiento hechos por el defensor requiere "mandato expreso" del representado (23).

De acuerdo con los términos del artículo 457 Cód. proc. pen. la renuncia o el desistimiento hechos por el órgano inferior no inciden sobre la impugnación propuesta por el órgano superior del Ministerio Público, mientras que éste puede desistir de la impugnación propuesta por el órgano inferior del Ministerio Público (24). Tal disposición se justifica porque el legislador quiere evitar que el representante del Ministerio Público "ad quem" (fiscal de juicio) esté obligado, en la fase impugnativa, a sostener y a defender una impugnación que no fue propuesta por él y de la cual reconoce la falta de fundamento.

Mientras que las partes "privadas" pueden renunciar o desistir de las impugnaciones sin tener que dar razón alguna de su acto, el artículo 457 Cód. proc. pen. exige que el desistimiento del Ministerio Público se haga en "dictamen fundado". Ello es aplicable, por analogía, al caso de renuncia del medio impugnativo, de parte del Ministerio Público. La exigencia de "dictamen fundado" en este caso, demuestra que, aunque las acciones procesales de los sujetos procesales pertenecen al derecho público (25), las realizadas por el Ministerio Público son de diferente naturaleza a las realizadas por los otros participantes no judiciales en el proceso. En efecto, mientras que la renuncia y el desistimiento de éstos son actos casi privados, los del Ministerio Público, —portador de poderes de imperio y quien se sirve de un derecho especial, destinado a los sujetos con poder de imperio (26)—, son actos de imperio.

g. Efectos de la renuncia y del desistimiento son los siguientes:

a) Con ellos la sentencia definitiva adquiere calidad de cosa juzgada, al menos con relación al renunciante o a quien desiste (27). Tal efecto no se produce si en la hipótesis puede aplicarse el artículo 455 Cód. proc. pen., pues el efecto extensivo impide la cosa juzgada, aún parcial. Si hay otros recurrentes o adherentes, ni la renuncia ni el desistimiento los perjudican (Arts. 453 y 457 Cód. proc. pen.), pero fuera de los casos del artículo 455, puede ocurrir que haya cosa juzgada parcial.

b) Consecuencia legal del desistimiento, —que no de la renuncia, porque en tal caso no ha habido recurso—, es que la parte distinta al Ministerio Público carga con las costas (Art. 457 Cód. proc. pen.).

La renuncia o el desistimiento producen sus efectos en el momento en que son recibidos por el Tribunal competente, sin que sea necesario que éste tome conocimiento de ellos (28). Con la recepción de la renuncia o del desistimiento la resolución adquiere firmeza. Por tanto, ambos pierden sentido si cuando llegan al Tribunal competente éste se había pronunciado ya sobre la impugnación. Por el contrario, si el Tribunal de la impugnación dicta resolución después de recibir una renuncia o un desistimiento del medio impugnativo, tal resolución es inexistente (29).

De lo dicho anteriormente se sigue que mientras la renuncia o el desistimiento no hayan llegado al Tribunal competente, el renunciante o quien desiste pueden cambiar de idea y revocarlos. La renuncia o el desistimiento pierden su valor si el renunciante o quien desiste establece un medio impugnativo, —nuevamente, en el caso del desistimiento—, antes de que aquellos lleguen al Tribunal competente (30). Lo mismo ocurre si hay revocatoria del poder concedido al abogado para que desista o renuncie, si la revocatoria de tal poder es presentada al Tribunal antes de que llegue el escrito del abogado en el que desiste o renuncia (31).

---

(23) La jurisprudencia alemana ha considerado que tal mandato puede estar contenido en poder inicial otorgado al abogado (Así, SCHULZE, pág. 250). Algunos autores alemanes consideran que este mandato para renunciar solamente es válido si es otorgado después de que la resolución gravosa ha sido dictada; no vale, dicen, el mandato dado a la hora del nombramiento del defensor (Así, entre otros, KERN-ROXIN, pág. 262). Esta última nos parece la solución correcta.

(24) PETRELLA, I, pág. 491.

(25) PETERS, pág. 197; DAHRMANN, pág. 37.

(26) HENKEL, pág. 142; DAHRMANN, pág. 37.

(27) Así, LÖWE-ROSENBERG, Vorb. Parag. 302, Anm. 32.

(28) Así, MANZINI, IV, pág. 670; LÖWE-ROSENBERG, Vorb. Parag. 302, Anm. 30 y 31. Otra es la posición de PETRELLA (I, pág. 485) quien escribe: *"La renuncia es un derecho potestativo. Su ejercicio se agota en la manifestación de voluntad de la parte. Los efectos abdicativos de ella derivan directamente del ejercicio de ese derecho; por tanto, se verifican en el momento mismo de la manifestación de voluntad"*.

(29) Así, LÖWE-ROSENBERG, Vorb. Parag. 302, Anm. 32.

(30) Así, LÖWE-ROSENBERG, Vorb. Parag. 302, Anm. 36.

(31) Así, KLEINKNECHT, Vorb., Parag. 302, Anm. 6 D; SAX, Anm. BGH 10, 245, en JZ 57, 178; LÖWE-ROSENBERG, Vorb. Parag. 302, Anm. 36.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Competente para la recepción de la renuncia o del desistimiento es el Tribunal que conozca, en el momento en que ellas se produzcan, del proceso impugnativo. En las impugnaciones ordinarias es competente el Tribunal "a quo" o "ad quem", según la etapa del proceso impugnativo en que se produzcan; en el recurso de revisión, el Tribunal de la revisión. Si la renuncia o el desistimiento se presentan ante el Tribunal "a quo", mientras que el asunto ya está ante el Tribunal "ad quem", el primero debe trasmitir al segundo lo recibido. Es el momento de recibo por el Tribunal "a quo" el punto de partida para la producción de los efectos.

III. INFLUENCIA DE LOS DEFECTOS DE VOLUNTAD EN LA RENUNCIA O EN EL DESISTIMIENTO.

5. Hemos dicho que la renuncia y el desistimiento son actos de voluntad irrevocables. Pero, ¿qué ocurre si tales actos se realizaron bajo la influencia del error, la violencia u otros vicios de la voluntad?

Partiendo del principio de que la renuncia y el desistimiento son acciones procesales, —realizadas por los sujetos procesales en el marco de un determinado proceso y cuyos presupuestos y efectos son regulados por el derecho procesal penal (32)—, de "causación" (33), que se clasifican en "válidas" e "inválidas" (34), el aspecto subjetivo de tales manifestaciones de voluntad tiene relevancia fundamental en su validez o invalidez. Cuando hay una voluntad efectivamente manifestada y el vicio o defecto de la voluntad o influyen en los efectos de ésta o en los motivos de la decisión, pero no en la decisión misma, la renuncia o el desistimiento son válidos. Por consiguiente, la reserva mental, —interior o exterior (35)—, la simulación (36), la amenaza (37) o la falta de seriedad (38) no invalidan ni la renuncia ni el desistimiento.

6. Cuando el defecto de voluntad es de tal magnitud que impide, de manera total, que exista una acción procesal, la renuncia o el desistimiento son inválidos. Ello ocurre:

a) En los casos de "vis absoluta", si ésta fue la causa generadora de la renuncia o del desistimiento (39).

b) En los casos en que la renuncia o el desis-

---

(32) El concepto de acción procesal proviene de GOLDSCHMIDT (Así, DAHRMANN, pág. 18).

(33) Las acciones procesales pueden clasificarse de diferente manera. Clasificación significativa para el problema que estudiamos es aquella que distingue entre acciones de petición ("Erwirkungshandlungen") y acciones de causación ("Bewirkungshandlungen"). Las primeras son aquellas con las que el sujeto procesal intenta, a través de la influencia psíquica sobre el juez, que éste dé una resolución cuyo contenido corresponda a sus deseos; para lograr ésto, la parte debe pedir o pretender algo. Por tanto, lo característico de las acciones procesales de petición es que ellas son, fundamentalmente, peticiones o pretensiones. Las acciones procesales de causación tienen por finalidad únicamente procurar la marcha del proceso (En tal sentido, GOLDSCHMIDT, pág. 364; EB. SCHMIDT, Lehrkomm., I, Rdn. 191; DAHRMANN, pág. 22). La renuncia o el desistimiento de un medio impugnativo no son ni peticiones ni pretensiones; son simplemente comunicaciones de voluntad al Tribunal competente. Puesto que el concepto de acciones de causación es fundamentalmente negativo, —involucra todo aquello que no es pretensión ni acción de petición—, en él caen la renuncia y el desistimiento.

(34) Así, DAHRMANN, pág. 23. Las acciones de petición se clasifican, por el contrario, en "permitidas" y en "no permitidas.

(35) La reserva mental interior existe cuando alguien desiste o renuncia, pero internamente no quiere hacerlo. Tal reserva se refiere a los efectos del acto; ella no influye sobre la validez de la renuncia o del desistimiento, porque éstos se perfeccionan con la simple manifestación de voluntad (Así, SCHULZE, pág. 35; JOACHIM, pág. 61; DAHRMANN, pág. 68; MULLER, págs. 16 s.). La reserva mental exterior o exteriorizada es aquella que se produce cuando el renunciante o desistente expresa que renuncia o desiste, pero se reserva la posibilidad de revocar posteriormente su acto dispositivo, creyendo, erradamente, que ésto es posible. La doctrina dominante afirma, sin embargo, que en tales casos (de reserva mental exteriorizada) hay disonancia entre el contenido de la voluntad y su expresión. Tal disonancia hace evidente que el agente no quería, en realidad, desistir ni renunciar del medio impugnativo e invalida, por tanto, la manifestación de voluntad (Así, entre otros, PETERS, pág. 230; SIEGERT, pág. 67; SCHULZE, pág. 37).

(36) La simulación carece de importancia como causa de invalidez de la renuncia o del desistimiento. Ella existe cuando otro, con quien se está de acuerdo, debe entender cosa distinta a lo que dice la voluntad expresada (Así, SCHULZE, pág. 38). En la materia que nos ocupa ese otro tendría que ser el juez, lo cual resulta absurdo.

(37) Sea que provenga de la autoridad o sea que provenga de un tercero, la amenaza influye sobre los motivos de la decisión, pero no sobre la voluntad manifestada; la acción procesal tomada bajo amenaza es perfecta en todos sus elementos.

(38) Son válidos la renuncia o el desistimiento hechos en broma e irónicamente. Por ejemplo, el imputado, condenado a una alta pena de prisión por un hecho insignificante, dice en escrito dirigido al Tribunal competente: *"Renuncio a cualquier medio impugnativo, en virtud de la benignidad del Sr. Juez, quien me impuso una pena tan baja"*. La doctrina dominante (Así, JOACHIM, pág. 36; SIEGERT, pág. 69; DAHRMANN, pág. 70; SCHULZE, pág. 38; DENCKER, pág. 60) sostiene que en tal caso la renuncia o el desistimiento son inválidos, como resulta de una interpretación correcta de las palabras empleadas. En la práctica esta situación es difícil que se presente, porque normalmente el imputado no bromea con cosas tan serias. En mi opinión, en tal hipótesis no hay motivo bastante para tener por inválidos la renuncia o el desistimiento, si nos atenemos a que en la especie hay una voluntad efectivamente manifestada.

(39) En tal sentido, PETRELLA, I, pág. 486; GRAF zu DOHNA, pág. 76. Contra, LÖWE-ROSENBERG, Vorb. Parag. 302, Anm. 43; DAHRMANN, pág. 87.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

timiento ocurrieran cuando el renunciante o quien desiste estaban en estado de incapacidad para seguir el juicio ("Verhandlungsunfähigkeit") (40).

La doctrina considera que también hay invalidez si se renunció o desistió por error causado por un órgano de la administración de justicia (41).

7. En estos casos, en los que se admite, de manera excepcional, la invalidez de la renuncia o del desistimiento, se plantea el problema de saber cómo podría el renunciante o quién desistió hacer valer la invalidez de su propio acto. Dos problemas complican la cuestión: en primer lugar, la renuncia o el desistimiento son acciones procesales que terminan el proceso; por consiguiente, el renunciante o desistente está ligado por su acto declarativo, dado que, por efecto de la recepción de la declaración y a consecuencia de la cosa juzgada que sobreviene, el Tribunal pierde su competencia (42). En segundo lugar, cuando la sentencia adquiere cosa juzgada, los efectos de las acciones procesales se convierten en definitivos, pues la cosa juzgada sana todos los defectos de las acciones procesales (43).

Puede reclamarse, en el proceso ordinario, contra la invalidez de la renuncia o del desistimiento, —pero sólo en un recurso de casación—, si el Tribunal "a quo" declaró inadmisible el recurso por la renuncia o el desistimiento. El recurrente puede hacer valer, entonces, la ausencia de voluntad de la acción procesal o el error causado por la misma administración de justicia, mediante el ataque de la resolución del Tribunal "a quo", que declaró la inadmisibilidad. A tales efectos pueden aplicarse, analógicamente, las disposiciones sobre el recurso de queja (Arts. 486 a 489 Cód. proc. pen.). Cuando el error o la ausencia de voluntad se produzcan en recursos de apelación de los autos recurribles durante la instrucción, la renuncia o el desistimiento no tienen mayores efectos, porque la verdad real puede hacerse valer en las etapas siguientes del proceso. Tampoco tiene importancia la invalidez de la renuncia o del desistimiento en el recurso de revisión, porque éste puede plantearse nuevamente, si no ha habido examen del fondo del asunto (Art. 499 Cód. proc. pen.).

Si la renuncia o el desistimiento convierten la sentencia en firme, se ha dicho, no se puede reclamar contra el vicio que afecta tales actos de voluntad (44). En nuestro criterio hay una sentencia inexistente; si el denunciante o desistente actuó bajo el imperio de la "vis absoluta", del error causado por órganos de la Administración de Justicia o en estado de incapacidad, puede plantear, en tal caso, incidente de ejecución (Art. 502 C. p.p.).

CONCLUSIONES

Del anterior estudio podemos sacar las siguientes conclusiones:

I. El artículo 457 Cód. proc. pen. debe ser modificado, para que comprenda también la renuncia del medio impugnativo. El efecto práctico del apresuramiento de la cosa juzgada que ello produce, es la posibilidad de plantear un recurso de revisión o un incidente de ejecución, conforme al artículo 502 Cód. proc. pen. La nueva redacción del artículo 457 es la siguiente:

> "Las partes pueden renunciar al recurso que quepa contra una resolución o desistir del recurso planteado por ellas o sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes. Al respecto se observarán las siguientes reglas:

---

(40) Tal ha sido la posición de la jurisprudencia alemana (Así, Hamm. NJW 73, 1894), apoyada por la doctrina (Así, KLEINKNECHT, Vorb. Parag. 302, Anm. 4).

(41) Así, KERN-ROXIN, pág. 262; DENCKER, pág. 62; LÖWE-ROSENBERG, Vorb. Parag. 302, Anm. 46.

(42) Así, DAHRMANN, pág. 50.

(43) Así, DAHRMANN, pág. 46.

(44) La doctrina alemana ha buscado resolver el problema de la vía para el reclamo de tal invalidez. Dos soluciones se han propuesto, ambas insatisfactorias: SIEGERT (págs. 162 s.) propone crear, para tales hipótesis, un nuevo motivo de revisión. Tal solución es inaceptable, pues el recurso de revisión no está dispuesto para "nulidades" de las acciones de los sujetos procesales que, aún existentes, no demostrarían un error judicial. La corriente dominante (Así, PETERS, pág. 230; KLEINKNECHT, Vorb. Parag. 302, Anm. 4; DENCKER, págs. 30 ss.; DAHRMANN pág. 98) piensa que en tales casos pueden aplicarse las reglas de la "restitutio in integrum", reglada en los artículos 44 y 329 del Código procesal penal alemán. En nuestro derecho no existe esta institución.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

1. El Ministerio Público puede renunciar en dictamen fundado o desistir, también en dictamen fundado, aunque el recurso lo hubiere interpuesto un representante de grado inferior.

2. Si una parte, distinta del Ministerio Público, desiste del recurso planteado, cargará con las costas.

3. Para desistir de un recurso, el defensor deberá tener mandato expreso de su representado".

II. Entre el artículo 457 Cód. proc. pen., colocado en las "Disposiciones Generales" sobre recursos, y el artículo 468 Ibid., colocado entre las reglas de la apelación, pero que se aplica también al recurso de casación (Art. 479 Cód. proc. pen.), hay una evidente contradicción. En efecto, conforme al primer artículo, el abogado necesita poder de la parte para poder desistir; además, el desistimiento y la renuncia son actos de voluntad, sometidos a rigurosas reglas de fondo. Conforme al artículo 468 la parte, —que no el Ministerio Público, conforme al artículo 467—, pierde su recurso si no comparece. Lo cual implica, en el caso del abogado, que necesita poder para desistir del recurso planteado por él o por la parte, a pesar de que sólo su falta de comparecencia es suficiente para producir el perjuicio a la parte que el legislador quiere evitar a través del artículo 457 Cód. proc. pen.

III. La renuncia o el desistimiento de un medio impugnativo, hechos bajo el imperio de la fuerza ("vis absoluta"), en estado de incapacidad para seguir el juicio o a causa de un error provocado por la misma Administración de Justicia no son aptos para producir el efecto de la cosa juzgada de la resolución en cuestión. Tratándose de una sentencia, ésta es inexistente; por tanto, puede ser atacada a través del incidente de ejecución, del artículo 502 Cód. proc. pen.

BIBLIOGRAFIA

BELING. **"Deutsches Reichsstrafprozessrecht"**, Berlin und Leipzig, 1928.

BUCHER. **"Der Verzicht im Strafprozesse"**, Diss. Univ. Zürich, 1882.

DAHRMANN. **"Der Widerruf von Rechtsmittelverzicht und zurüchnahme im Strafprozess"**, Diss. Univ. Köln, 1966.

DEL POZZO. **"Le impugnazioni penali"**, Padova, 1951.

DENCKER. **"Willensfehler bei Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurüchnahme im Strafprozess"**, Bonn, 1972.

DOHNA (Graf zu). **"Das Strafprozessrecht"**, 3 Aufl. Berlin, 1929.

ERBS. **"Handkommentar zur Strafprozessordnung"**, Frankfurt a. M. und Bonn, 1950.

GERLAND. **"Der deutsche Strafprozess"**, Mannhein, Bensheimer, 1927.

GOLDSCHMIDT. **"Der Prozess als Rechtslage"**, Aalen Scientia, 1962 (Neudr. der Ausg. Berlin, 1925).

GÖSEL. **"Strafverfahrensrecht"**, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1977.

HENKEL. **"Strafverfahrensrecht"**, 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1968.

JOACHIM. **"Die Berücksichtigung von Willensmängel bei nicht richterlichen Prozesshandlungen im Strafprozess"**, Diss. Erlangen, 1970.

KERN-ROXIN. **"Strafverfahrensrecht"**, 12. Aufl. München, 1974.

KLEINKNECHT. **"Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen"**, 32. Aufl., München, 1975.

KMR (Müller-Sax). **"Kommentar zur Strafprozessordnung und GVG und OWiG"**, 6. Aufl., Darmstadt, 1966.

LEONE. **"Trattado di Diritto Processuale Penale"**, Napoli, 1961.

LEONE. **"Sull'acquiescenza alle sentenze penali"**, en Riv. Dir. Pen., 1937 (citado, Leone, **"Sull'acquiescenza. . ."**).

LÖWE-ROSENBERG. **"Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz"** (Grosskommentar) 23. Aufl., Berlin, New York, 1977.

MANZINI. **"Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano"**, Torino, 1970.

MASSA. **"L'acquiescenza nel processo penale"**, Napoli, 1954.

MÜLLER. **"Fehlerhafte prozessuale Willenserklärung des Beschuldigten"**, Diss. Tübingen, 1965.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PETERS. **"Strafprozess", "Ein Lehrbuch",** 2. Aufl. Karlsruhe, 1966.

PETRELLA. **"Le impugnazioni nel processo penale",** I, Milano, 1965.

SARSTEDT. **Anm. zu Bay OBLG,** en JR 1968, pág. 146.

SAX. **"Anm. zu BGH, JZ 1958, 177",** en JZ 1958, pág. 178.

SIEGERT. **"Die Prozesshandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung",** Berlin, 1929.

SCHMIDT (Eb.). **"Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz",** II, Göttingen, 1969.

SCHULZE. **"Der Einfluss von Willensmängel auf den Bestand des Rechtsmittelverzichts des Beschuldigten",** Univ. Regensburg, 1973.

*****

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EL TRABAJO DESDE SU ASPECTO HUMANO

Desempleo, subempleo y los Derechos Humanos

Dr. Carlos Carro Zúñiga.

PRESENTACION.

Me complazco en presentar la Ponencia del Dr. Carlos Carro Zúñiga, que lleva por nombre el subtítulo que aparece en la primera página de la misma, la cual fue premiada en la XIII Jornada Iberoamericana sobre el trabajo, efectuada en Lima, Perú, del 5 al 9 de noviembre de 1979. Con anterioridad el Dr. Carro Zúñiga había recibido otro galardón semejante también con una ponencia relativa a los factores centrales que inducen hacia la ansiada meta de la armonía entre los elementos que intervienen en el proceso de la producción y, lógicamente, en las relaciones laborales en general, sean individuales o colectivas. Esta última ponencia fue distinguida con medalla y título y fue publicada, junto con otros ensayos, en la obra del Dr. Carro Zúñiga "Derecho del Trabajo Costarricense", editada por Juriscentro (1979).

También hemos conocido a través de fuentes fidedignas de otros participantes a la XIII Jornada Iberoamericana, que la Ponencia del Dr. Carro Zúñiga que ahora publicamos, fue calificada como la mejor de las aproximadamente trescientas ponencias allegadas al mencionado Congreso. Esa sobresaliente calificación la hizo precisamente el Dr. Guillermo Cabanellas, en un discurso en que además comentó el contenido de la Ponencia y, en el que a la vez destacó que la misma era uno de los primeros ensayos, si no el primero, en el que se hablaba de los Derechos Humanos en el campo del Derecho Laboral.

Para concluir deseamos manifestar que es de suma importancia que dicha Ponencia, inédita hasta ahora, sea publicada por primera vez en el presente número de la Revista Judicial, la cual cada vez adquiere mayor importancia por su contenido y la seriedad de los estudios, investigaciones, etc., que a la fecha ha venido publicando.

Alberto Ramírez Riera.
Jefe de la Biblioteca.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

EL TRABAJO DESDE SU ASPECTO HUMANO

Desempleo, subempleo y los Derechos Humanos

"Entre los derechos humanos fundamentales está el 'derecho al trabajo'. No solamente porque el trabajo dignifica al hombre en todo sentido, sino porque el destino del hombre se forja trabajando".
Lic. Armando Arauz Aguilar.

El Derecho del Trabajo pareciere haber sido forjado con la intención deliberada de presentar al estudioso los más abundantes, complejos y trascendentes temas monográficos para su análisis; y algo más: con la condición adicional de que tales temas siempre presentan una pluralidad de aristas desde las cuales pueden ser estudiados, sabemos a qué se debe este fenómeno, que, por otra parte, no es exclusivo de nuestra disciplina.

El tema monográfico de nuestra Ponencia no escapa a esta regla general; muy al contrario, pareciere que en él opera con la plenitud y frecuencia que no son propias de otros temas. Pero, en todo caso, sí no cabe duda de que en éste, son dos las principales perspectivas de análisis: es la primera, la legal in strictu sensu; y es axiomático que partiendo de esta base netamente jurídica se han logrado elaborar grandes construcciones jurídicas; como ejemplo podríamos referirnos en particular al preciosismo jurídico y sistemático que alcanzó el malogrado laboralista Eugenio Pérez Botija. (Maestro que no olvidaremos quienes tuvimos la fortuna de ser sus alumnos). En su brillante Discurso correspondiente a la apertura del Curso Académico 1953-1954 en la Universidad de Madrid (Madrid Estrades-Artes Gráficas, 1953). Discurso en el que la creatividad y originalidad lograron la exactitud de equilibrio con la belleza e inspiración de la pieza oratoria. Habló entonces Pérez Botija de la **"Humanización del Derecho del Trabajo"**, aunque dejó clara constancia, según su propio decir, de su preferencia por el título **"Humanismo en la Relación Laboral"** (Vid. op. cit., pág. 6).

La segunda perspectiva de estudio, que es la nuestra en esta Ponencia, es la que se basa en el precepto universal de que el hecho social **"Trabajo"** es una obligación del Estado para con el individuo y una obligación de éste para con la sociedad. Queremos adelantarnos a cualquier posible objeción (como a menudo lo hacía Carnelutti al defender sus estudios): a quien pudiere preguntarse que al escoger nosotros la segunda perspectiva de estudio del tema sería una especie de **pecata minuta,** pero en todo caso relativamente importante, dado que por esta vía, podríamos alejarnos del módulo analítico jurídico, criterio que aparentemente llevaría razón: Mas nosotros nos adelantamos contestando que el laboralista obligado está a incursionar con seriedad y sistema en las disciplinas integrativas, complementarias o directamente relacionadas con el Derecho Laboral; debe estudiar Política Social y Política Laboral, hoy; como mañana Relaciones Industriales y Seguridad Social, para citar siquiera cuatro ejemplos. Y tanto más no creemos pecar contra lo ortodoxo, cuanto que la "XIII Jornada Iberoamericana Sobre el Trabajo", es una Asamblea Democrática y heterogénea, en donde no solamente participamos laboralistas. Y, además no sobra agregar, que el juslaboralista obligado está a contactar con realidades críticas en estos encuentros internacionales **(y ese es el sentido de esta Ponencia)** porque de lo contrario cada día podríamos ser menos laboralistas y por consiguiente habría que asumir el riesgo de que limitemos el avance de las ciencias jurídicas y sociales.

En los siglos XVIII y XIX (primera mitad), la humanidad presenció el triunfo de los **"derechos individuales"**; éstos adquirieron su vigencia por **"omisión"**; es decir que fueron concebidos como un deber de **"omisión"** por parte del Estado; durante la Revolución Industrial y en apogeo el liberalismo económico, el individualismo político y el materialismo jurídico, copulativamente, contribuyeron a crear el entorno, el "habitad" circunstanciado del principio político-económico fundamental de la época: "Laisser faire, laisser fasser"; política que en difinitiva fue la precipitante del marco histórico en donde hubo cabida para los más siniestros errores cometidos por el hombre.

Con todo, a la humanidad también le correspondió presenciar otros grandes acontecimientos; como lo fueron, en los siglos XIX, segunda mitad, y XX, el origen y la evolución de los derechos **"sociales"**, los **"derechos y garantías sociales"**, conjunto de doctrina que en su dura, penosa y trágica cruzada, hizo posible la constitucionalización de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

dichos principios **"sociales"**: y en éstos, incluidos, los del **"Trabajo"**.

Aparece así, en el cuadro histórico de la política constitucionalista de los países iberoamericanos y europeos, los **"derechos sociales"** que no surgieron como los individuales, por abstención: **de no hacer y dejar pasar;** su ingreso a los mundos del trabajo en lo legislativo y en lo socio-político, fue por medio de la **"acción"**; de la **"intervención"** que se exigía al Estado; es al Estado a quien se le debe reclamar **"movilización"** y **"resultados"**. Y así se vislumbró, luego de los grandes hechos históricos tan conocidos, la aurora de lo que sería una etapa nueva: en la historia; en el campo jurídico; y en la política. Y también en lo político-social y económico en el sentido de que no hubo más **"omisión"**; la **"acción"** obligó al Estado en el terreno de las garantías **"sociales"**, a conferirles el más elevado rango jerárquico, jurídicamente hablando: su hegemonía constitucional. De esta suerte, alcanzan tutela constitucional, el hecho social **"Trabajo"** y el "derecho de libre elección del mismo"; de igual manera aconteció con otros beneficios "sociales": el amparo a la familia; la protección al menor abandonado; el derecho a llevar una vida digna, mediante el "Trabajo", adecuadamente retribuido; el derecho a la salud, bajo la protección de sistemas de seguridad social, etcétera.

En esas garantías **"sociales"** se destaca en forma subrayada la que garantiza que *"El trabajo... es un derecho del individuo y una obligación de éste para con la sociedad"*; y que *"El Estado debe procurar que todo ciudadano tenga ocupación honesta y útil; debidamente remunerada; e impedir que por cualquier causa se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía"*; y agregan, asimismo, la generalidad de estas Constituciones Políticas (como la de Costa Rica) que *"El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo"*.

En la progresiva jerarquización de los **"beneficios sociales"**, y por ende de la norma que habla del **"Trabajo como deber social"**, encontró también una acogida inmediata en la Carta Interamericana de Garantías Sociales, suscrita en Bogotá en 1948. Y no podía ser menos que así porque en Bogotá no se discutió ni se concibió solamente un conjunto de condiciones político-jurídicas de carácter internacional, **sino algo más, consistente en que tales normas aspiraran a la realización plena del hombre iberoamericano.** Tanto es de este modo, cuanto que la Carta de Bogotá en su Preámbulo subraya que *"la certeza de los Estados americanos de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad, no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro de un marco de instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre"*. (E.S.E.N.). Es de observar también en este importante instrumento internacional que en el capítulo de Normas Sociales, los Estados Miembros convinieron *"en cooperar entre sí a fin de lograr condiciones justas y humanas de vida para toda su población"*; y ciertamente como ya lo ha puntualizado la doctrina, el artículo 29, siempre dentro del mismo capítulo, impone **la pretensión de un mínimum de justicia social a alcanzar para el hombre iberoamericano.** El inciso b) del citado numeral prevé textualmente que *"El trabajo es un derecho y un deber social; no será considerado como un artículo de comercio;..."*.

El rango mayor en el ámbito internacional del principio que estudiamos se cristaliza, por fin, en la **Declaración de los Derechos Humanos,** especialmente en el artículo 23 que pareciere que hubiese sido redactado justamente para incluir la proclama en una ponencia que habla de desempleo. Textualmente dice ese artículo:

"Artículo 23.

1. *Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.*
2. *Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.*
3. *Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social".*

Ahora bien, en lo que atañe en particular a los derechos al **"Trabajo"** y al de libre elección de él, alguna doctrina laboral sustenta el criterio de que **"El trabajo"** en tanto obligación a cargo del Estado a concederlo y el derecho del ciudadano a exigirlo, tienen en nuestras constituciones y en las precitadas Cartas Internacionales únicamente contenido y alcances morales. De estas suertes, hoy todavía se afirma que las leyes contemporáneas más benignas que la sentencia de San Pablo *"Quien no trabaja no comerá"*, permiten a los que no

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

quieren trabajar, que vivan en la holganza si disponen de rentas para vivir. Como también son permisibles las normas jurídicas respecto de los que no teniendo rentas no quisiesen trabajar y su muerte buscaren por medio del hambre; o, que, igualmente permiten, la última alternativa; que no trabajen los que no quisieren hacerlo, si morir desearen, con tal de que en todo caso sus conductas no traspongan los límites de la esfera represiva del Derecho.

La tesis a que nos referimos tiene mucho de falso; quienes así han escrito, no nos cabe duda de su buena fe; para mala fortuna ellos no tuvieron la oportunidad que nosotros hemos tenido como Ponentes, al ubicarnos el tema **frente a otras perspectivas que a su vez nos han obligado a reflexionar y observar el hecho social "Trabajo en su Aspecto Humano"** desde una arista distinta, que nos impele un poco a llegar a lo metajurídico, alejándonos del rigorismo jurídico-laboral para hacernos caer en los ámbitos de la política social y de la política laboral y hasta en el de la Economía. En el examen de la cuestión resulta, así, no necesariamente imprescindible dejar parcialmente orillado el Derecho del Trabajo.

Y es por ello que nos negamos a compartir la tesis anterior del simple contenido ético de la garantía citada; el hombre no puede ni tiene el derecho a morir de hambre, y mucho menos —que es el tema nuestro— resulta humanamente aceptable que el hombre muera por inanición cuando queriendo trabajar no lo puede hacer, a causa del desempleo involuntario y del subempleo, hechos críticos que conforman una realidad ante la cual no pueden cerrar los ojos ni el Derecho del Trabajo, ni el Derecho Social, ni aún la Seguridad Social y menos los que nos atribuimos el adjetivo de laboralistas. Son realmente aterradoras las estadísticas de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre el desempleo y el subempleo, a tal grado que hace pensar —como ya se ha dicho con anterioridad— en la maldición bíblica *"Ganarás el pan con el sudor de tu frente"*. Si estamos en este cónclave internacional en donde estudiamos y discutimos sobre "El Trabajo", tenemos no sólo que considerarlo en su aspecto positivo, sino también en el negativo; el fantasma del desempleo es uno de los más graves problemas sociales de todos los que aquejan a la humanidad. Pero es más, **quizás lo peor es reconocer la violación de un derecho humano en la medida en que nuestros Gobiernos y los Organismos Internacionales con competencia para ello no hagan lo necesario para poner fin a esta dramática realidad:** Que las gentes mueran de hambre aunque quieran trabajar, ¡simplemente porque la oportunidad no llegó a ellos! La humanidad en vez de acercarse a una solución, "vez a vez", se aleja más de ella. Las tasas de crecimiento de la población y el avance tecnológico parecieren dos hechos fácticos primarios que quieren que el hombre muera de hambre.

La población crece alocadamente y el crecimiento de ofertas de trabajo se hace, cada vez más insuficiente, para cubrir una demanda en permanente crecimiento; según cifras de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) en 1977 habían 40 millones (40.000.000) de desempleados en los países en desarrollo, de los cuales 6 millones (6.000.000) eran desocupados iberoamericanos; todavía más, la suma de 40 millones (40.000.000) asciende a más de 57 millones (57.000.000) si al primer guarismo se le agregan los 17 millones 100 mil (17.100.000) desempleados de los países desarrollados. Los guarismos se convierten en ingobernables si en estas estimaciones se incluyen los subempleados, esto es, todas aquellas personas que tienen un empleo de duración menor al normal y están buscando y aceptarían trabajo adicional, así como las personas que trabajan sin percibir salario suficiente. Los subempleados solamente en los países en vía de desarrollo alcanzaban en 1977, según la O.I.T., a 291 millones (291.000.000) de personas.

Y conforme otras informaciones de este Organismo, la cuestión adquiere trascendencia inconmensurable al anotar que más de 1.000 millones (1.000.000.000) de seres humanos, viven en la marginidad más absoluta de extrema miseria: carencia de alimentos, vivienda, educación, agua, sanidad, asistencia médica y farmacéutica, etcétera. Y en el fondo todo esto significa, desempleo y subempleo; y entre paréntesis sea dicho, no listamos aquí las lacras sociales que son producto de ambos: prostitución, menores inhalantes de thiner y otras drogas, criminalidad, etcétera. No debemos olvidar los laboralistas como los no laboralistas presentes en este importante Congreso Internacional, que por menos de lo dicho la Federación Sindical Europea y sus 31 sindicatos de 18 países que aquélla agrupa (sindicalismo no comunista) decretó en abril de 1978 una huelga simbólica (expresión moderna de la huelga como demostración de poder) de 15 millones (15.000.000) de trabajadores con una rapidez inusitada (que denotaba gran organización del sindicalismo europeo) afectando grandemente el Mercado Común. Y to-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

do porque se quiso protestar por el aumento en el índice del porcentaje de desempleo del 5 por ciento en 1976 al 5.9 por ciento en febrero de 1978.

Peor aún, a lo que llevamos dicho debemos agregar que en los países en desarrollo más de 250 millones (250.000.000) de personas ganan un salario reducido que apenas permite subsistir. Tres cuartas partes de este contingente viven en zonas rurales: 75 millones (75.000.000) de trabajadores sin tierra, que ganan cincuenta centavos de dólar (US $ 0.50) al día. Expresado en términos más crudos que debemos enfrentar, sólo falta que la honra de la mujer, el agotamiento prematuro de los jóvenes y de los adultos con jornadas que vayan más allá de lo resistible por el ser humano, repetimos, sólo eso hace falta en nuestros países, para considerar tales hechos vergonzosos como condiciones lícitas del pacto laboral; es decir como si estuviésemos viviendo una etapa regresiva a la injusta explotación humana que se dio con el advenimiento de la Revolución Industrial y los ya citados módulos históricos del liberalismo económico, el individualismo político y el materialismo jurídico que permitían esas infames condiciones de licitud contractual, merced a la homologación estatal por **"omisión"**: ¡Laisser faire laisser fasser!

Si queremos sobrevivir —porque esta es la magnitud del problema— debemos concluir, que éste solamente puede ser atacado por intermedio de decisiones políticas en estricto sentido; y esta XIII Jornada Iberoamericana, esta Asamblea sobre El Trabajo, debería ser la que en primer lugar lo haga. Y además instar por los medios de rigor en forma agresiva a los Gobiernos de los países en desarrollo, singularmente los de Iberoamérica y a los Organismos Internacionales pertinentes, a que tomen esa decisión como una cruzada nacional e internacional, poniendo en marcha todos los mecanismos (de los muchos que hay) para medio frenar siquiera sea, el monstruo de la desocupación y de la marginidad: crear nuevas fuentes de trabajo como un hecho inminente y de emergencia a corto y a largo plazo; e insistir en la campaña contra la natalidad en aquellas partes del mundo en que sea necesaria; en las Conclusiones y Recomendaciones sugerimos infinidad de medidas en orden a esta gran cuestión. La Organización Internacional del Trabajo estima que para el año 2.000 se necesitarán 1 millón 250 mil (1.250.000) plazas vacantes.

Pero nuestra intervención debe dirigirse en forma terminante e insistente porque lo hecho hasta el momento es insuficiente, **a tal extremo que las estadísticas con la frialdad de sus números, nos evidencian que el mal empeora día a día.**

Podría decirse de esta Ponencia que no es un auténtico desarrollo del "Trabajo Bajo su Aspecto Humano"; pero preguntaríamos nosotros: ¿Hay acaso algún otro enfoque que pudiere ser más humano dentro del tema que nos fue asignado?

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES ESPECIFICAS

I. CONCLUSIONES.

1. En el siglo XVIII y primera parte del XIX, la humanidad presenció el triunfo de los **"Derechos Individuales"**, los que alcanzaron vigencia por **"omisión"**. Es decir, que fueron concebidos como un deber de **"omisión"** por parte del Estado.

2. La Revolución Industrial y el apogeo del liberalismo económico, el individualismo político y el materialismo jurídico, contribuyeron conjuntamente a crear el entorno circunstanciado del principal principio político-económico de la época: "Laisser faire laisser fasser", política ésta que actuó como precipitante de un marco histórico en el que hubo los más siniestros errores cometidos por el hombre.

3. Aún así a la humanidad también le correspondió presenciar su importante agregado a esos **"derechos individuales"**; en los siglos XIX segunda mitad, y XX, nacieron y evolucionaron los derechos "sociales", conjunto de doctrina que en su penosa avanzada hizo posible la constitucionalización de los llamados **"principios sociales"**: y entre éstos, **incluidos los del hecho social Trabajo.**

4. Los **"derechos y garantías sociales"**, por el contrario, no nacieron por la abstención: **de no hacer y dejar de pasar;** fue la **"acción"** exigida al Estado; y el reclamo a éste de **"movilización"** y obtención de **"resultados"**, lo que dio origen a ellos e hizo propicia la política legislativa iberoamericana de la constitucionalización de los mismos. En el proceso de internacionalización y uni-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

versalización de los derechos **"económicos, sociales y culturales"**, adquirieron franco respaldo en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, suscrita en Bogotá en 1948, y en cuyo Preámbulo se afirmó que *"la certeza de los Estados americanos de que el sentido genuino de solidaridad y de la buena voluntad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro de un marco de instituciones democráticas,* **un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre".**

5. En ese mismo año el principio de "El Trabajo como derecho y como deber social", da el paso definitivo hacia la universalización ies incluido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos!, en cuyo artículo 23 se hace referencia directa a la realidad crítica de lo tratado en nuestra Ponencia, vale decir, el desempleo, pues en su inciso 1) señala que *"Toda persona tiene derecho al trabajo y a la libre elección del trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo"* (E.S.E.N.).

II. RECOMENDACIONES ESPECIFICAS.

6. Que los países en desarrollo como los iberoamericanos y afroasiáticos tienen un desempleo total del orden de 40 millones (40.000.000), al año 1977, según estudios de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.). Y que este cociente supera los 57 millones (57.000.000), si se le adicionan los 17 millones 100 mil (17.100.000) desempleados de los países desarrollados. Que conforme a cifras de la misma Organización Internacional del Trabajo, existen en los países en desarrollo —siempre al año 1977— 291 millones (291.000.000) de subempleados (personas que tienen un empleo de duración menor al normal y están buscando y aceptarían trabajo adicional o personas que trabajan sin recibir salario suficiente para atender con decoro sus necesidades). Y, por último, conforme lo ratifica dicho Organismo, que existen 1.000 millones (1.000.000.000) de seres humanos que viven en la marginidad más absoluta, y que carecen de alimentos, vivienda, educación, agua, sanidad, asistencia médica y farmacéutica, etcétera, este cónclave internacional debería exhortar vehementemente a los Gobiernos de los países en desarrollo, y singularmente a los iberoamericanos, así como a los países plenamente desarrollados y a los Entes Internacionales del caso, a destinar menos fondos de sus presupuestos al armamentismo y encausarlos a aliviar estos grandes problemas socio-políticos, y del propio modo poner en acción programas de desarrollo socio-económico y culturales que permitan la generación de nuevas fuentes de riqueza y de empleo, a efecto de mitigar las citadas situaciones patológicas, todas las cuales conducen a la miseria extrema y que constituyen una vergüenza para la humanidad.

7. Que como hasta la fecha es insuficiente lo que se hace en relación al desempleo y al subempleo, y siendo así que este problema en vez de vislumbrar solución se acompleja cada día, "vez a vez", ante el crecimiento de la población y el avance tecnológico que desplaza mano de obra, es definitivamente importante que la "XIII Jornada Iberoamericana sobre el Trabajo" debería tomar una postura decidida en sus conclusiones y haga notar a nuestros Gobiernos y a los Organismos Internacionales correspondientes, la necesidad inaplazable que existe de tomar las medidas emergentes a corto y a largo plazo que fueren necesarias contra el desempleo, el subempleo y la extrema miseria.

8. Que asimismo esta Asamblea de la "XIII Jornada Iberoamericana sobre el Trabajo" debería declarar al mundo que el Gobierno de cada país —y en singular los de Iberoamérica— y los Organismos Internacionales competentes, entre ellos el Banco Mundial y los tres Bancos Regionales para el Desarrollo, que violan la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el tanto en que no realicen todo lo posible para limitar —siquiera sea— los flagelos que para la humanidad significan el desempleo y el subempleo y la miseria extrema.

9. Que debería manifestar esta Asamblea que los países desarrollados son corresponsables de la tragedia que viven los mal denominados países del Tercer Mundo, en particular los de Iberoamérica, porque tienen impuesto un régimen de comercio internacional que hace cada vez más ricos, a los países ricos; y más pobres a los países en desarrollo.

10. Que las entidades copatrocinadoras de esta Asamblea democrática que es la "XIII Jornada Iberoamericana sobre el Trabajo", deberían poner a disposición de nuestros Gobiernos y de los Organismos Internacionales que correspondan, el personal especializado y todos los medios técnicos de que pudieren disponer.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

11. Que las políticas de desarrollo económico que se aplicaren en nuestros países, estén o no en proceso de integración, deberían definir en forma expresa y claramente los objetivos humanos, especialmente los de carácter social, que deberían ser cumplidos con la expansión económica. Que dentro de esos objetivos sociales debería ocupar lugar preferente el ofrecimiento de oportunidades de trabajo, debidamente remunerado, a todas las personas que por razones de edad, capacidad y necesidad, estén disponibles en el mercado de trabajo para ofrecer y prestar sus servicios a la sociedad, considerada nacionalmente o integrada con otras comunidades. Y asimismo que se deberían organizar y ejecutar políticas de recursos humanos que, en relación con el desarrollo económico, de dimensión nacional o internacional, tengan como objetivo humano principal el aseguramiento del pleno empleo y, por medio de éste, ocupar todos los recursos humanos disponibles en óptimas condiciones de productividad y remuneración, y debería orientarse con la ayuda de programas de formación profesional, a la eliminación progresiva del subempleo.

12. Que también la "XIII Jornada Iberoamericana sobre el Trabajo" debería crear un Comité Permanente formado por cinco (5) personas renovables cada dos años, sin que puedan ser reelectas, para que mantenga una posición vigilante en torno al problema y declarar —previa reunión preparatoria de la Junta Directiva de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo—, la violación de los derechos humanos, cada vez que a juicio suyo note negligencia en el ámbito nacional o internacional, al no ser adoptadas —o insuficientemente adoptadas— las previsiones e instrumentos adecuados tendientes a atacar este serio problema social que vive la humanidad. El Reglamento que regirá para ese Comité, lo hará la Junta Directiva de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo.

13. Que las organizaciones sindicales de empleadores y de empleados deberían hacer denuncias a dicho Comité, de la violaciónm de los Derechos Humanos en el tanto en que constataren en el ámbito nacional o internacional que el Gobierno o Gobiernos de determinado o determinados países no adoptan ni destinan los recursos técnicos, humanos y financieros, necesarios para frenar tanto el desempleo como el subempleo y la miseria extrema.

*****

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES GENERALES DE LA LEY DE PRESUPUESTO Y DEL REGLAMENTO DECRETO EJECUTIVO 10042-OP

Dr. Luis Gmo. Herrera Castro.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En la Ley de Presupuesto para el año 1980, se incluyen entre sus disposiciones de carácter general las siguientes:

> **"CENTESIMOSETIMA:** Los organismos descentralizados con un presupuesto mayor a cinco millones de colones, deberán destinar como mínimo un 10 por ciento de los egresos financiados con recursos propios a la adquisición de bonos del Gobierno Central que se hallen en poder del Banco Central.
> Se entenderá como recursos propios los originados en la actividad normal de la Institución, tales como la venta de bienes y servicios, recaudación de impuestos, cuotas obrero patronal y todos aquellos que no provengan de operaciones de crédito para financiar obras específicas que estén destinadas a financiar contrapartidas para estas operaciones. Se incluye además la venta de activos y el superávit libre. Para tal efecto, en el mes de enero de 1980, presentarán ante la Contraloría General de la República la correspondiente modificación presupuestaria.
> Sin perjuicio del control que compete a la Contraloría General de la República, la Oficina de Planificación y Política Económica deberá vigilar el cumplimiento de esta norma. Para ello, las Instituciones están obligadas a enviarle mensualmente un estado de Tesorería donde se indique la adquisición de bonos del Gobierno Central. . .".
>
> **"CENTESIMODECIMASEGUNDA:** El Poder Ejecutivo y las Instituciones Autónomas y Semiautónomas durante la vigencia de este Presupuesto no autorizará salidas de funcionarios al exterior, sin la aprobación previa de la Oficina de Planificación y el refrendo de la Contraloría General de la República.
> La Oficina de Planificación Nacional no autorizará la salida de funcionarios si no justifica plenamente la conveniencia para el país de tal salida. Se exceptúa de esta norma al señor Presidente de la República. . .".
>
> **"CENTESIMODECIMATERCERA:** El Poder Ejecutivo y las Instituciones Autónomas y Semiautónomas durante la vigencia del presente Presupuesto no podrán comprar ni cambiar vehículos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

automotores para transporte de personas sin la aprobación previa de la Oficina de Planificación Nacional y el refrendo de la Contraloría General de la República. . .".

Además de las anteriores disposiciones legales, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto No. 10042-OP de 21 de diciembre de 1979, que en los artículos 4 y 5, le confieren al Ministerio de Planificación la potestad de autorizar los viajes que realicen al exterior los funcionarios públicos así como el otorgamiento de becas, en las diversas Instituciones Autónomas.

El vicio de inconstitucionalidad de tales disposiciones legales y reglamentarias es notorio, y por ello, intentaré hacer una demostración, para lo cual se hace necesario, hacer un breve análisis del concepto de autonomía, para luego pasar al examen concreto de dichas disposiciones.

II. LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA.

1. **Concepto:** El Estado, puede crear entes menores para la realización de sus tres funciones: legislación, administración y jurisdicción. Por eso, el Lic. Eduardo Ortiz dice que la *"autonomía, en sentido estricto, es la potestad para dictar normas, otorgada por la Constitución o la Ley a un ente menor. En virtud de ese reconocimiento, dichas normas valen dentro del Estado como si fueran propias de éste, con el régimen jurídico (fuerza, resistencia, impugnabilidad) que les atribuye la norma que otorga la potestad. Las normas dictadas por los entes menores puede, según ello tener fuerza de ley, de reglamento (acto administrativo o de una categoría intermedia entre ambos"* (1). Es por esta razón que se ha reconocido, que las Universidades tienen un poder normativo amplio en lo que se refiere a lo académico y a las actividades propias del servicio que presta (2). En otras palabras, la Constitución Política que es la fuente inmediata de la autonomía universitaria, concede a los Centros de Educación Superior Estatales, la potestad legislativa (desde el punto de vista material) en las materias que constituyen o forman parte del ámbito autónomo universitario, como luego lo veremos en detalle.

Se ha dicho, que la autonomía supone dos acepciones: una política y una jurídica. Políticamente consiste en la capacidad por parte de determinados organismos o entidades infraestatales para gobernarse dentro de ciertas esferas territoriales o materiales sin ninguna interferencia extraña.

Jurídicamente, se dice, supone la capacidad de darse leyes propias en función de su autogobierno (3). Igualmente, Miguel Marienhoff, dice que la autonomía, significa que el ente tiene poder para darse su propia Ley y regirse por ella. Así, dice el autor, nuestras provincias son autónomas, pero no soberanas. La autonomía, en suma, denota siempre un poder de legislación, que ha de ejercitarse dentro de lo permitido por el ente soberano. De modo, que autonomía es un concepto político, porque "político" es el poder de propia legislación (4).

La autonomía de las Universidades en nuestro país, es un concepto bastante amplio, y en cierta medida, constituye lo que se ha llamado un sistema de "microderecho", que es el ordenamiento jurídico producido por cualquier Institución Administrativa para ordenar internamente su vida, fines, medios, competencias, jerarquías, procesos, comportamientos, manifestaciones de poder y toma de decisiones; es decir, para crear su propio orden asociativo o asociacionista grupal, a escala microsociológica, y a ese orden se le llama organización formal. La organización estatuida y reglamentada formalmente en el orden microjurídico del grupo intermedio capaz de autoadministrarse,

---

(1) ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Derecho Administrativo, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1976, Tomo I, p. 13.

(2) En lo que se refiere al poder normativo de las Universidades, puede consultarse un artículo del Dr. Hugo Alfonso Muñoz, 1979, p. 7

(3) Nueva Enciclopedia Jurídica, Francisco Seix, Barcelona 1951, Tomo III, p. 133.

(4) MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1977, Tomo I, p. 387.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

y lo es precisamente por virtud de esa autonomía propia de toda persona reconocida como tal por el macroderecho (5).

2. **Aspectos que integran la Autonomía Universitaria:** La autonomía universitaria es amplia en los términos que la incorpora nuestra Constitución Política, especialmente en lo que se refiere a la atribución de autolegislación, lo que le permite, regular jurídicamente cuatro aspectos fundamentales: a) gobierno, b) organización, c) administración y d) financiero. Estos cuatro aspectos o áreas se integran indisolublemente, de tal forma que el cumplimiento de los fines, queda condicionado a que, la Universidad pueda en forma independiente desarrollar esos cuatro aspectos (6). Trataremos de analizarlos uno a uno.

a. **Autonomía en materia de Gobierno:** La autonomía en materia de gobierno es fundamental para el desarrollo democrático de la Universidad. Por ello, el art. 84 de la Constitución Política le concede a las Universidades estatales la potestad de autogobernarse, de tal forma, que solo estos entes, gozan de esta facultad, pues el resto de las mal llamadas Instituciones autónomas, solo tienen independencia en materia de administración y financiera, pues en el año 1968 con una reforma al texto Constitucional, el Poder Ejecutivo les eliminó dicha potestad.

Así como la Universidad tiene el poder normativo en las materias que integran la autonomía, también la tienen para darse la forma de gobierno, evitando la interferencia directa del Gobierno Central y la intromisión de la política a ese nivel, en el ámbito universitario.

Gobernar es la *"tarea que ha de corresponder a una o varias personas constituidas jurídicamente en autoridad con objeto de aunar esfuerzos para alcanzar ciertos fines"* (7). Por ello, es que la Universidad Nacional para el cumplimiento de los fines establecidos en el art. 1 del Estatuto Orgánico, este dispone, en consonancia con el art. 84 de la Constitución Política, que la *"Universidad Nacional es una Institución que goza de autonomía plena, en materia de gobierno. . ., lo que la faculta para darse su propia organización"*.

La Asamblea Universitaria, que como dijimos a una escala de microderecho es el poder constituyente universitario, al emitir el Estatuto Orgánico (8), dispuso en el art. 6 que la dirección y gobierno de la Universidad Nacional, *"estarán a cargo de la Asamblea Universitaria, del Consejo Universitario, de la Rectoría y de los otros órganos que se establecen, tales como la Secretaría General (arts. 36 a 40 Est. Org.); el Gabinete del Rector (arts. 41 a 53); la Auditoría (órgano asesor y contralor en materia financiera y económica); las Asambleas de Centro o de Facultad; los Consejos Directivos de Facultad o Centro, los Decanos, las Asambleas de Unidad Académica, Consejos Directivos de Unidades Académicas; etc."*.

En materia de gobierno, la Asamblea Universitaria goza de plena independencia, para adoptar la forma de gobierno que determine, siempre que la misma no afecte el orden superior o macroderecho, es decir, el ordenamiento constitucional. Por esta razón, hemos dicho que las Universidades son sociedades

---

(5) JIMENEZ NIETO, Juan I., Teoría Administrativa del Gobierno, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, p. 113. Este criterio sociológico, más que jurídico, nos permite ver en la organización universitaria, la existencia de un "microestado", en donde existe una comunidad universitaria constituida por profesores, administrativos y estudiantes, que es en alguna medida, donde reside el poder constituyente universitario. A partir de éste, se desarrolla una estructura jurídico-política de la Universidad, basada en los principios democráticos que alimenten también a nuestro sistema político, sea al Estado y su orden de macroderecho. La existencia de este orden universitario en nuestro sistema es de extraordinaria importancia para que la Universidad pueda alcanzar los fines que le impone su ordenamiento, evitando la interferencia política de los gobiernos de turno, hoy tan deteriorados.

(6) Hay que considerar que esos cuatro aspectos se complementan con lo académico por ser, éste, el revestimiento de los fines de la Universidad. En otras palabras, lo académico es el objeto natural de la Universidad, traducido en varias esferas: internamente en la transmisión de conocimientos, la preparación de técnicos y profesionales; externamente, en el compromiso que debe asumir la Universidad, como un instrumento de cambio y de desarrollo. La autonomía en lo académico se concreta en la libertad de cátedra, regulada en el artículo 87 de la Constitución Política.

(7) ARAUJO GARCIA, Ana Elvira, "Gobierno y Administración de las Areas Metropolitanas", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, p. 105.

(8) El Estatuto Orgánico desde el punto de vista material equivale a una Ley de la República, y desde el punto de vista de organización infraestatal, al de una Constitución Política.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

infraestatales, organizadas a escala microjurídica, como pequeños estados, con las limitaciones del caso; y como tales, con la potestad amplia de legislar las materias que integran su autonomía, sin que ésta pueda trascender a otras materias tales como la seguridad pública, la salud pública, que, son materias propias del ente superior: el Estado y de otros entes menores.

b. **Organización:** Para que la Universidad pueda cumplir con los fines, especialmente en lo que se refiere a su meta académica, necesita de independencia en materia de organización; es decir, que tenga la posibilidad real de crear los diversos órganos que conjuntamente ejecutarán las tareas de la Universidad. En materia de organización, la independencia se desprende del art. 84 de la Constitución Política y 5 y 6 del Estatuto Orgánico. Significa, que la Universidad así como tiene la potestad de darse su propio gobierno, también tiene la potestad plena de crear los diversos órganos que la van a administrar, asignándole a cada uno sus competencias. Todos, constituyen la organización administrativa que es la estructura formal a través de la cual se concreta la actividad administrativa de la Universidad, se manifiesta en tres áreas: administrativa, financiera y académica. Esta última, es lo que define a la Universidad como un ente dedicado al desarrollo de la Educación Superior. En este último sentido, la organización se manifiesta autónomamente en forma plena, cuando vemos que la Universidad puede abrir centros o facultades, Secciones Regionales; adoptar planes y programas de estudio, etc.

c. **Autonomía Administrativa:** Al igual que en materia de gobierno y organización, las Universidades estatales gozan de independencia en materia administrativa (art. 188 Const. Pol.). En materia de administración la independencia es plena en concordancia con los otros aspectos que integran la autonomía. Es plena en el sentido, de que no solamente la independencia se deriva de la actividad ordinaria del ente, sino de que la misma es el producto o la derivación de un orden jurídico creado por la propia Institución (9).

Para que la Universidad pueda ejercitar su función administrativa, tanto para producir efectos externos (actos administrativos propiamente dichos) como internos (actos de administración), requiere de toda una organización administrativa; es decir, la estructuración orgánica del ente por medio de los diversos órganos que lo integran, cada uno de los cuales, con una competencia predeterminada en la legislación universitaria.

En torno al concepto de "administración" han surgido varias tesis. Algunos asimilan tal concepto al poder ejecutivo (punto de vista formal). Otros como García Oviedo, estiman que la administración es simplemente la ejecución de la Ley, en otras palabras, que la actividad se encuentra autorizada por una Ley; bien, como la concibe Fraga, como ejecución de la actividad necesaria para darle efectividad o realización práctica a la norma legislativa (10).

Lo importante, es que la Universidad tiene la potestad (legal) de desarrollar en forma independendiente su actividad administrativa interna (actos de administración) y externa, es decir, realizar actos que repercuten en la esfera de los administrados (11).

La función administrativa en la Universidad es la objetivación de la actividad de los órganos universitarios, que en conjunto y en forma orgánica, realizan o cumplen los fines que le enmienda el Estatuto Orgánico en forma

---

(9) Aquí, tendría vigencia el criterio de algunos administrativistas, de que la función administrativa consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales, determinado en un orden jurídico. En otras palabras, administrar es ejecutar ese orden jurídico.
En este punto, podemos hacer notar la gran diferencia entre las Universidades y el resto de los entes llamados "autónomos". Mientras las Universidades tienen la potestad normativa y ejecutiva, los otros entes solo tienen la administrativa, es decir el ejercicio de una actividad en virtud de Leyes que le son impuestas.

(10) FRAGA, G., ob. cit., p. 61.

(11) Sobre esta diferenciación de actos administrativos y actos de administración véase Miguel Marienhoff, ob. cit., Tomo II, p. 202 ss.
Cuando hablamos de administrados nos referimos a dos clases: los que estudian en la Universidad y los que no, no estando en tal condición, reciben los beneficios de algún servicio. En cuanto a los estudiantes, su naturaleza es especialmente peculiar por la dualidad en que se manifiestan. Por un lado, son administrados en cuanto son los destinatarios de un servicio público, pero a la vez, integran la comunidad universitaria, participando en toda la organización a través de las representaciones estudiantiles.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

concreta. Para lograr estos objetivos, necesariamente se debe gozar de independencia, y la misma está garantizada, en la vigencia de un orden jurídico universitario o regulador de materias propias de su competencia general, y que es precisamente lo que indentifica a la autonomía.

El órgano superior de la Administración Universitaria es el Consejo Universitario (art. 17 Est. Org.), y a peste se le asignan una serie de atribuciones propias e indispensables para que la Universidad alcance sus objetivos. Igualmente, al Rector corresponde no solamente administrar el patrimonio universitario, sino que, ejecutar las decisiones del Consejo, así como cumplir con otras tareas específicas propias de la actividad administrativa ordinaria de la Universidad. Igualmente, en la organización universitaria, nos encontramos con otros órganos menores, que, también realizan esta actividad, pero internamente.

En el ejercicio de esta función, los órganos de la administración universitaria, se basan no solamente en el orden jurídico universitario, sino, en criterios técnicos y científicos emitidos por los personeros de la Universidad, que son los únicos que pueden determinar con certeza la conveniencia o inconveniencia de la ejecución de un determinado acto, ya sea para beneficio de la propia administración, o para beneficio de los administrados, o bien para afectar su esfera individual, como son la imposición de ciertas tasas, derechos y otros. Estas normas y estos criterios merecen la mayor confiabilidad en nuestro medio, pues a partir del gobierno actual, se ha iniciado la consolidación de la Universidad, dentro del estricto acatamiento del orden jurídico vigente (tanto universitario como extrauniversitario). Lo anterior impide, no solamente desde el punto de vista jurídico, sino de la conveniencia institucional, que otros entes u órganos de la Administración Central interfieran en la actividad administrativa de la Universidad.

d. **Autonomía Financiera:** En el art. 85 de la Constitución Política se desarrolla la autonomía en el aspecto financiero. Solamente gozando de independencia plena en este campo, la Universidad podrá desarrollar los tres aspectos anteriores y así, cumplir los fines que la Ley le ha encargado.

La autonomía financiera no es absoluta, en el sentido de que esta actividad no está ajena a los controles de legalidad y financieros. Internamente existen controles financieros (por ejemplo el Consejo Universitario, la Auditoría) y externamente la Contraloría General de la República, en los casos en que la Ley de Administración Financiera de la República y el Reglamento de Contratación Administrativa imponen esos controles (12).

Por otro lado, la distribución orgánica de la Universidad a través de varias instancias, tanto de los órganos unipersonales como colegiados, y la posibilidad de ejercer ciertos recursos contra sus decisiones, se convierten en controles internos de la legalidad universitaria.

La autonomía financiera de la Universidad Nacional se manifiesta de la vigencia de una serie de disposiciones estatutarias, que en forma clara y concreta, otorgan a los órganos universitarios, las facultades de ejecutar ciertos actos, que en definitiva, constituyen, la actividad económica y financiera del ente, ejercitables en forma independiente, y sin necesidad de previa autorización de ningún ente (13). Entre estas atribuciones podemos enumerar las siguientes:

a) Capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones (14).
b) Libre disponibilidad de su patrimonio (art. 5, Est. Org.);
c) Autorización de parte del Consejo Universitario, para la enajenación o imposición

---

(12) Normalmente este control lo ejercita la Contraloría por medio del refrendo, y muy pocas veces bajo la facultad de autorización. A través del refrendo, la Contraloría no solo ejerce un control de tipo económico, sino legal, pues para que los actos sometidos a ese trámite puedan ser refrendados, deben cumplir con las formalidades legales.

(13) Salvo los casos excepcionales en que la autorización compete a la Contraloría, como por ejemplo, . . .

(14) En este sentido recordemos que la Universidad como ente de la Administración Pública tiene capacidad de Derecho Público y capacidad de Derecho Privado (art. 1, Ley General de Administración Pública). La adquisición de derechos y la contracción de obligaciones, lo hará la Universidad de acuerdo con su ordenamiento interno y con las limitaciones que le imponen la Ley General de Administración Financiera de la República y el Reglamento de Contratación, pero, bajo la responsabilidad de los órganos competentes, que son los que realizan la actividad contractual.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de gravámenes a bienes cuyo valor no exeda de un millón de colones (art. 18, Inc. K);

d) Al Consejo Universitario le corresponde la atribución de aprobar el presupuesto anual de gastos de la Universidad y sus modificaciones (art. 18, Inc. c);

e) Al Consejo Universitario corresponde aceptar herencias, legados o donaciones (art. 18, Inc. 1);

f) Al Rector corresponde la potestad amplia de administrar acuciosamente el patrimonio universitario (art. 34, Inc. c);

g) Entre las fuentes de ingreso de la Universidad están (art. 220);

a') Las sumas asignadas en los presupuestos nacionales y municipales;

b') La renta producida por sus activos;

c') El producto de las ventas de activo y servicios;

d') El cobro de derechos, tasas, venta de especies universitarias, préstamos, ayudas, etc.

III. ¿POR QUE SON INCONSTITUCIONALES LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL PRESUPUESTO, Nos. 107, 112 Y EL DECRETO EJECUTIVO 10042-OP?

1. Las disposiciones generales de la Ley de Presupuesto (de 1980) y el Decreto Ejecutivo No. 10042, son inconstitucionales por varias razones, que luego expondremos en detalle, pero, que en síntesis, podemos decir, afectan o menoscaban la autonomía universitaria, lo que resulta sumamente peligroso para la evolución democrática de las Universidades.
   Trataremos de ir exponiendo cada una de las disposiciones generales y reglamentarias, que afectan la autonomía universitaria, y así, determinar con certeza, al amparo de las razones doctrinales anteriormente expuestas, que las mismas son inconstitucionales.

2. **Inversión del 10 por ciento en bonos del Gobierno:** La disposición general centesimosétima de la Ley de Presupuesto de 1980, obliga a todas las Instituciones autónomas, cuando tuvieren un presupuesto mayor a los cinco millones de colones, a invertir el 10 por ciento de sus recursos propios en la adquisición de bonos del Gobierno Central que se hallen en poder del Banco Central. Esta disposición es a todas luces inconstitucional, por cuanto afecta profundamente la autonomía financiera que a las Universidades Estatales garantiza el art. 85 de la Constitución Política. Recordemos que la autonomía financiera de la Universidad se despliega a través del ejercicio de una serie de potestades, y de la capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. El ejercicio de esta capacidad, compete única y exclusivamente a los órganos universitarios que tienen a su cargo la administración de la misma. Esta capacidad no tiene más límites, que los que le impone el Estatuto y los Reglamentos, las Leyes de Administración Financiera de la República y el Reglamento de Contratación Administrativa y otras, que no han afectado las materias que integran la autonomía universitaria. El art. 85 de la Constitución Política dice:

> *"El Estado dotará de patrimonio propio a la Universidad de Costa Rica, al Instituto Tecnológico de Costa Rica, a la Universidad Nacional y las demás Instituciones Públicas de Educación Superior. El Estado les creará RENTAS PROPIAS, ADEMAS DE LAS QUE ELLAS MISMAS ORIGINEN Y CONTRIBUIRA A SU MANTENIMIENTO CON LAS SUMAS QUE SEAN NECESARIAS"* (mayúsculas mías).

Las rentas propias, son *"aquellos recursos propios originados en la actividad normal de la Institución, tales como la venta de bienes y servicios, recaudación de impuestos, cuotas obrero patronal..."* y además, la *"venta de activos y el superávit libre"*. (párr. 2 disposición Gl. 107).

Hay que tomar en cuenta que las rentas propias de la Universidad, junto con los demás ingresos de esta, constituyen los fondos, que la misma requiere para el cumplimiento de los fines que le encomienda la Ley. Por ello, el art. 5, párrafo 2 del Estatuto, dispone, *"que la Universidad para el cumplimiento de sus fines tiene capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones... Puede disponer de su patrimonio, llevar a cabo las acciones contractuales que crea convenientes, con respecto a la Ley, y con la autorización de la Contraloría General de la República, cuando proceda"*. Esta capacidad es amplia, y no puede, una ley ordinaria, compeler a la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Universidad a hacer una inversión, tal y como se pretende con dicha disposición, por cuanto, significa una invasión en la esfera de la competencia de los órganos universitarios, cuya ejecución es exclusiva. Así, al revisar algunas disposiciones del Estatuto Orgánico, como por ejemplo los artículos 5, 6, 9, 18, etc., nos damos cuenta, que la adquisición de derechos y la contratación de obligaciones, solo puede ser decidida por esos órganos, sin autorización de ningún ente público, mucho menos de una cartera del Gobierno Central.

Además de las razones puramente de orden jurídico, que determinan el vicio de inconstitucionalidad, nos encontramos con que éste, también resulta del hecho de que el Gobierno no ha podido cumplir el mandato que le impone el art. 85, cual es el de contribuir al mantenimiento de las Universidades, pues en la realidad, las Universidades siempre han estado desfinanciadas, lo que, desde el punto de vista lógico-jurídico, impide al Gobierno Central a tomar tales medidas, invirtiendo los términos del texto constitucional.

Permitir una ingerencia del Gobierno Central en las finanzas de la Universidad, en la forma que se viene comentando, significa no solo violar en forma abierta el art. 85 de la Constitución Política, sino, impedirle a la Universidad la posibilidad de cumplir cabalmente los fines que la propia Constitución y el Estatuto le imponen.

3. **Autorización de viajes a funcionarios universitarios:** La disposición general de la Ley de Presupuesto centésimodecimasegunda, resulta también inconstitucional, en lo que se refiere a las Universidades, en cuanto afecta la autonomía de éstas, en los aspectos financiero y administrativo.

Los viajes que realizan los funcionarios de la Universidad Nacional son de tres tipos: 1) viajes de las autoridades de gobierno universitario en el ejercicio de sus funciones; 2) viajes de los administrativos con el objeto de obtener una mejor capacitación técnica; y 3) viajes de los docentes con el objeto de realizar estudios de especialización, y así elevar la excelencia académica. La realización de cualquiera de estos tres tipos de viajes, son importantísimos para que la Universidad pueda cumplir con los fines que le impone el Estatuto Orgánico.

La realización de los viajes, queda comprendido además, dentro de las actividades ordinarias de la Administración Universitaria, cuya ejecución compete única y exclusivamente al Consejo Universitario (art. 18, incisos a, c, k y w del Estatuto Orgánico), y en algunos casos al Rector, de conformidad con el art. 34, incisos c y f. La realización de los viajes queda sujeta a la legislación universitaria, principalmente el Estatuto los Reglamentos y los Convenios firmados por la Universidad con otros Centros de Educación Superior del extranjero (arts. 11, 18 y 213 ss. Est. Org.).

Para la realización de un viaje, en cualquiera de las formas dichas, no solamente se requiere la existencia de una normativa universitaria, sino, de ciertos criterios, que, a su vez, responden a las necesidades propias de la Universidad. Estas, solo pueden ser determinadas por los propios órganos que integran toda la organización administrativa de la Universidad (administrativa propiamente y académica), y no por otros entes, ajenos completamente a su organización y fines, y en donde bien sabemos, predominan a veces los criterios partidistas, que son los que afectan profundamente la vida democrática del país (15).

El mismo vicio de inconstitucionalidad que adolece la disposición general en estudio, lo detectamos en el Decreto Ejecutivo 10042-OP de 21 de diciembre de 1979, artículo 4, que reglamenta el trámite de la solicitud de autorización, y en tal sentido, debe ser atacado de conformidad con los arts. 10 y 85 de la Constitución Política.

4. **Compra y Cambio de Vehículos:** La disposición General centésidodecimotercera, dispone que las Instituciones Autónomas durante la vigencia del presupuesto de 1980, *"no podrán comprar ni cambiar vehículos automotores para transporte de personas sin la aprobación previa de la Oficina de Planificación y el refrendo de la Contraloría General de la República"*.

Esta disposición, como es obvio, viola el prin-

---

(15) El planteamiento del problema de la inconstitucionalidad no debe ser mal entendido, en el sentido de que la Universidad desea escamotear cualquier buena intención de nuestros gobernantes; sino por el contrario, en un sentido positivo, que, antes que nada, desea salvar la independencia de las Universidades.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cipio de la autonomía universitaria regulado en los arts. 84 y 85 de la Constitución Política. Veamos en qué forma afectan estas disposiciones constitucionales.

El art. 84 de la Constitución Política, otorga a la Universidad la capacidad (plena) de adquirir derechos y contraer obligaciones; lo que unido a los otros aspectos (véase supra. . . p. 8, 9) de carácter económico y financiero, configuran la autonomía financiera, que es vital para el desarrollo de los otros aspectos (organización, administración y gobierno), así como para el cumplimiento de sus fines.

Nosotros debemos considerar ineludiblemente, que la compra y cambio de vehículos automotores, forma parte de la actividad permanente de la Universidad en los ramos financiero y administrativo. El desarrollo de la actividad administrativa es esencial para el cumplimiento o la realización de lo académico, a tal punto, que ambas áreas se complementan en una relación indisoluble. El mismo ejemplo lo tenemos en el Poder Judicial, en donde observamos, que requiere de independencia administrativa para el cumplimiento de su función principal (jurisdiccional).

El acto concreto de adquirir un vehículo o cambiarlo, forma parte de esa actividad permanente e ineludible de la Universidad. Así, nos encontramos, con que para la realización de ese tipo de actuaciones (contractuales), el Estatuto Orgánico autoriza al Consejo Universitario en forma exclusiva, sin la interferencia de otros entes públicos, a enajenar bienes o imponer gravámenes cuyo valor no exceda de un millón de colones (art. 18, inc. k) y aprobar el presupuesto anual de gastos de la Universidad y sus modificaciones (art. ibídem, inc. c). La ejecución de estos actos forma parte de la capacidad jurídica (de derecho privado) que tiene la Universidad para adquirir derechos de todo tipo y contraer obligaciones por cualquier monto, no teniendo más sujeción, para efectos financieros, que los límites presupuestarios.

Además, como ya lo dije con anterioridad, solamente los órganos universitarios pueden determinar con certeza las verdaderas necesidades de la Universidad, y en esa medida, adquirir vehículos y cambiarlos, pues, los mismos, como bien sabemos son utilizados por los funcionarios en el cumplimiento de sus tareas o atribuciones legales. Así por ejemplo, vehículos para transporte de estudiantes a zonas de estudio e investigación, de funcionarios en labores de gobierno, y otras tantas más, indispensables para la buena marcha de la Universidad (16).

5. **Autorización de becas:** El art. 5 del Decreto Ejecutivo 10042-OP de 21 de diciembre de 1979, dispone que la concesión de becas para realizar estudios en el extranjero, quedará sujeta a la autorización y aprobación de la Oficina de Planificación y del refrendo de la Contraloría General de la República. Este Decreto, constituye otra violación flagrante a la autonomía universitaria, regulada en los artículos 84, 85 y 88 de la Constitución Política, pues, ni es necesaria la autorización de la Oficina de Planificación, ni es indispensable el refrendo de la Contraloría General de la República. Debemos considerar que el otorgamiento de becas tanto a funcionarios administrativos como docentes, es una de las tantas facultades que gozan los órganos de la administración universitaria, que como bien sabemos, gozan de autonomía en materia de organización, gobierno, administrativo y financiero. La concesión de becas, forma parte de la actividad administrativa y académica de la Universidad, y en estrecho contacto con el aspecto financiero.

En materia de becas, los órganos universitarios encargados de su otorgamiento solo deben sujetarse desde el punto de vista legal al Estatuto Orgánico, y a los Reglamentos vigentes, y a los Convenios aprobados por el Consejo Universitario; y desde el punto de vista financiero, los límites los imponen el propio presupuesto aprobado por la Contraloría General de la República.

---

(16) Tampoco vale el argumento de que por medio de la Oficina de Planificación se logra coordinar y racionalizar los esfuerzos, en beneficio del país, pues como bien sabemos todos, esta Oficina ha fracasado en sus planes, y, por otro lado, para eso se ha logrado la coordinación de las Universidades a través del CONARE, con lo que se pretende racionalizar los recursos universitarios por medio de una política coordinada de todas las Universidades Estatales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El otorgamiento de becas, y nadie puede dudar de ello, es una actividad fundamental para que la Universidad alcance sus fines, y pueda lograr, que la excelencia académica se supere. En el otorgamiento de éstas participan órganos calificados, tales como la Junta de Becas y Permisos, que forman parte de la organización administrativo-académica de la Universidad, que como hemos dicho, es autónoma. La interferencia de una cartera del Gobierno afecta sin lugar a dudas la autonomía universitaria en forma peligrosa, pues la misma, aparte de no integrar la organización universitaria, carece de los criterios adecuados para determinar la necesidad de las mismas.

6. **Omisión de Consultar a las Universidades:** Finalmente, las referidas disposiciones generales del presupuesto y los artículos 4 y 5 del Decreto Ejecutivo 10042-OP, no solo son inconstitucionales por afectar o regular materias propias o reservadas a las Universidades, sino, que, al emitirse las mismas, no se hizo la consulta que obligatoriamente debieron hacer de conformidad con los artículos 88 y 190 de la Constitución Política.

Es evidente que las disposiciones que venimos comentando son inconstitucionales, por haberse omitido tan importante trámite. Ya existe un antecedente sobre el particular. Cuando se emitió la Ley 4927 de 3 de diciembre de 1971, (Ley de Creación del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico), la misma fue vetada por el Poder Ejecutivo, por cuanto se omitió consultar a otras Instituciones Autónomas y a las Municipalidades, ya que dicha ley disponía sobre aspectos patrimoniales, en los cuales tenían alguna participación o vinculación. La Corte Plena, al conocer sobre el veto, que fue objetado por la Asamblea, resolvió, en el artículo II, que: *"La totalidad de los integrantes del Tribunal votaron en el sentido de que el artículo 1, inciso a del Proyecto de Ley quebranta el artículo 190, por no haber sido objeto de consulta, como esta regla constitucional lo dispone. . ."* (Acuerdo de Corte Plena tomado en Sesión de 24 de enero de 1972).

Con el antecedente citado, no me cabe la menor duda, de que las disposiciones generales de la Ley de Presupuesto de 1980, números 107, 112 y 113 son inconstitucionales, por cuanto omitieron las consultas a las Universidades Estatales, al regularse materias que están reservadas a la esfera de la competencia universitaria, por formar parte de su autonomía.

*****

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CHEQUES CRUZADOS NO NEGOCIABLES

Lic. Marcelo Martén.

RATIO ENTIS – RATIO IURIS

Se habla con frecuencia de que el derecho social ha venido invadiendo el campo del derecho individual. Es precisamente en ese conflicto entre libertad y autoridad, entre el individuo y el Estado, donde surgió la Teoría de la Institución, como reacción contra el individualismo heredado de la Revolución Francesa, que había terminado con el régimen de las corporaciones y de los cuerpos intermedios.

Para Duguit la solidaridad es el hecho fundamental de las sociedades, de ella se desprende la división del trabajo social en que cada individuo o grupo de individuos tiene una función que desarrollar.

En oposición al individualismo del siglo XVIII y principios del XIX propone Duguit su derecho objetivo, el cual emana de la solidaridad social.

En el derecho objetivo de Duguit se reemplaza la autonomía de la voluntad por la norma social, la cual según su criterio, es anterior y superior a la voluntad. En este sentido coloca la norma social por encima del derecho positivo. "Nada debe hacerse que pueda afectar la solidaridad social y hacer todo lo que sea de naturaleza de realizar y desarrollar la solidaridad social. Todo el derecho objetivo se resume en esta fórmula, y la ley positiva para ser legítima, debe ser la expresión, el desarrollo o la puesta en obra de ese principio" (1).

Decía Duguit que la absorción del individuo por el grupo fortalecía la libertad individual.

Hauriou de quien se decía que "su inteligencia y sensibilidad lo hacían comparable a una antena de radio por su capacidad de captar ondas lejanas y sutiles" se aparta del derecho objetivo de Duguit y utiliza un nuevo método jurídico que es síntesis del sistema de Platón y de Bergson. Bajo este nuevo método idealista-realista, concibe la Teoría de la Institución.

Pretende esta teoría restaurar los cuerpos intermedios que tienen la virtud de encarnar el bien común. La institución es una idea; idea fuerza, idea acción, idea de obra por realizar. Esta idea es la causa generadora de las sociedades que deben procurar un bien social determinado y en las cuales sus miembros no son soberanos sino servidores de ese ideal a realizar.

En la Teoría de la Institución se sustituye el concepto individualista por el concepto institucional del Derecho, que es el bien común impuesto por el poder.

La diferencia entre las personas de existencia ideal corrientes y las instituciones es que en las segundas la idea a realizar es dirigida y orientada por la autoridad superior, en la que la autonomía de la voluntad no juega ningún papel.

El reemplazar el contrato, donde hay simplemente dos voluntades por la idea de acción, constituye una caída en la idea del poder. Marcos

(1) **León Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, pág. 17.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Satanowsky (2) quien expone ampliamente la Teoría de la Institución nos dice que en realidad en ésta no se excluye la idea del contrato, "sino que en la fórmula: Individuo-estado, sustituye al segundo por el de de institución". En esta teoría, la idea a realizar comprende todas las manifestaciones de la vida jurídica. Hauriou dice que "son las instituciones las que engendran las reglas de derecho. . ., no son las reglas de derecho las que hacen las instituciones. . . A medida que una institución se convierte en estado de derecho, se revela además como fuente de derecho. . . Toda institución desempeña, en cierta medida, la función de engendradora de derecho (3).

El hacer reposar el derecho sobre la institución, atribuyéndole la virtud de encarnar el bien común, da origen a considerar que el ente tiene razón, que el ente tiene derecho. Inicialmente Hauriou en 1906 dice que "la institución es una organización social establecida en relación al orden general de cosas, cuya permanencia estaba asegurada por un equilibrio de fuerzas o separación de poderes, constituía por ella misma un estado de derecho (4). Posteriormente varía su concepción original y en la última etapa de su pensamiento nos habla de una jerarquía estable entre los grupos y de la preponderancia del Estado, llegando a considerar a la institución como "una estructura autoritaria de relaciones entre el todo y las partes" (5).

El ideal de Hauriou en su concepción original se logra a través de la empresa institucionalizada, cuando en ella se haya alcanzado el equilibrio entre lo público y lo privado (6).

EL PODER JUDICIAL

El crecimiento de las atribuciones del Estado que lo han venido convirtiendo en un Estado-Empresario ha agravado la confusión entre sus actuaciones y el bien común para quienes estiman que aquel siempre se comporta en concordancia con los intereses de la comunidad.

Al interpretar hasta dónde llegan las atribuciones del Estado, el Poder Judicial juega un papel preponderante (7).

La ley garantiza el equilibrio a nivel de partes en los contratos. No existe, sin embargo, un equilibrio en el seno de la empresa, conforme quedó demostrado en páginas anteriores.

Con la reforma sugerida, se lograría el equilibrio entre los estratos que conforman la empresa y el juzgador que al impartir justicia se incline por darle la razón a quien supuestamente representa el bien común, no tendría reservas ni limitaciones en cuanto a la empresa institucionalizada que lo haya alcanzado, en cuanto a los litigios que tenga con el Estado.

Quienes equiparan los intereses del Estado con el bien común se equivocan. Los intereses del Estado se confunden con los intereses del partido en el poder, que en muchas ocasiones son distintos del interés general.

Reformada la empresa en la forma expuesta, el Estado pasaría de Estado-Empresario, a Estado-Tutor, y el Poder Judicial continuaría desempeñando su tarea equilibradora, buscando la equidad, la cual se logra por medio de la lógica y la coherencia que lo llevan a encontrar un equilibrio.

CHEQUES MAL PAGADOS

En el caso que seguidamente analizo se pueden observar contradicciones.

Es interesante analizar el contraste, ya que como dice Ascarelli: sin éste no existirían las disputas jurídicas.

El 9 de abril de 1969, la sociedad P.A.N. presentó contra el Banco Central de Costa Rica, demanda ordinaria de mayor cuantía ante el Juzgado Civil de Hacienda en los siguientes términos:

1) La sociedad P.A.N. es propietaria de una industria dedicada a la producción de levadura, empleada en polvos para hornear y panificación bajo las marcas de fábrica y comercio: Fleischmann y Royal.

---

(2) Marcos Satanowsky, "Tratado de Derecho Comercial" Tipografía Editora Argentina S.A. Buenos Aires, 1957.

(3) Hauriou, Precis de Droit Administratif, 1907.

(4) M. Hauriou, L'Institution et le Droit Statutaire, 1906, pág. 135.

(5) G. Renard, L'Philosophie de l'Institution, pág. 149.

(6) M. Martén, (Reforma de la Empresa Mercantil), 1980.

(7) El derecho es el arte de trazar límites, Joaquín Garrigues, Hacia un Nuevo Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, pág. 351.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

2) La compañía P.A.S.B. distribuye en todo Centroamérica los productos que fabrica la sociedad P.A.N., quien ha recibido de ella licencia para la elaboración de dichos productos.

3) La sociedad P.A.N., para efectos de exportación despacha sus productos a las filiales de la P.A.S.B., que ésta mantiene dentro del área centroamericana, facturándoles su valor y cargándolo en cuenta corriente.

4) La compañía P.A.S.B., es la empresa productora de levadura más grande de los Estados Unidos de América. Dada su solvencia económica y su seriedad P.A.N., le otorgó un crédito muy amplio manteniéndole siempre saldos en cuenta corriente, que oscilaban entre trescientos y quinientos mil colones entre todas las filiales que operan en el área centroamericana.

5) La sociedad P.A.N., no maneja dinero en efectivo y tiene, como se dijo, un solo cliente. En consecuencia su contabilidad fue diseñada bajo la protección del cheque nominativo, habiendo sido siempre ése el único medio de pago. Tal circunstancia le daba a la compañía una seguridad enorme ya que era sabido y entendido que un cheque a su orden no podía ser hecho efectivo por persona alguna, sin la debida autorización, o sin su endoso.

6) El procedimiento empleado para el cobro de los cheques mencionados en el extremo anterior, era el registro de los mismos en el Banco Central, aplicándolos a exportaciones registradas de P.A.N., para efectos del control de divisas. Una vez sellados y registrados estos cheques en el Banco Central, se depositaban en la cuenta corriente de la compañía en el Banco Nacional, para lo cual no se necesitaba firma registrada.

7) Los sellos del Banco Central son únicamente para que las divisas producidas por la exportación no sean pagadas por los Bancos comerciales al tipo libre, y para registros y controles internos del Banco Central correspondientes al movimiento de las exportaciones.

La sociedad P.A.N., nunca autorizó a nadie para el cambio de cheques girados a su orden, ni en el Banco Central ni en ninguno de los Bancos del Sistema Bancario Nacional.

8) Una vez que el Banco Central los ha sellado debidamente, los cheques producto de las exportaciones, son negociables al tipo oficial en cualquiera de los Bancos Comerciales del Sistema Bancario Nacional. El Banco Central no tiene obligación alguna de negociar dichos cheques a personas legalmente autorizadas para ello.

9) Cuando en los libros de P.A.N., apareció un saldo deudor superior a los quinientos mil colones a cargo de la P.A.S.B., se le informó a dicha compañía de ello, a efecto de que procediera a su cancelación, advirtiéndosele en esa oportunidad que de no ser así se procedería a cargárseles intereses moratorios. Fue entonces cuando la compañía deudora informó de los cheques con los cuales habían pagado parte del saldo deudor que figuraba en los libros. De la investigación correspondiente, se desprendió que varios de los cheques con que la P.A.S.B., pagaba nuestras exportaciones, no habían sido depositados en nuestra cuenta corriente del Banco Nacional, como era lo usual según quedó explicado.

10) Los cheques referidos en el extremo anterior, cuyo monto nunca ingresó a nuestra compañía, según se dijo, son los siguientes:

CHEQUES CORRESPONDIENTES A LA REPUBLICA DE EL SALVADOR
BANCO DE LONDRES Y MONTREAL

NUMERO	FECHA	MONEDA EXTRANJERA	MONEDA NACIONAL
A-04863	5-3-1966	4.434,25	₡ 11.750,75
A-07567	21-6-1968	17.196,33	45.570,25

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

FIRST NATIONAL CITY BANK

NUMERO	FECHA	MONEDA EXTRANJERA	MONEDA NACIONAL
032244	9-7-1966	3.140,10	₡ 8.321,27
039915	10-9-1966	12.633,45	33.478,64
039987	31-1-1967	5.061,25	13.412,51
050221	8-5-1967	4.953,20	13.125,98
050300	25-9-1967	16.789,53	44.492,25
067112	13-2-1968	11.085,95	29.377,75

BANCO CENTRAL DE RESERVA DE EL SALVADOR

NUMERO	FECHA	MONEDA EXTRANJERA	MONEDA NACIONAL
A-1002	30-1-1967	11.646,80	₡ 30.864,02

CHEQUES CORRESPONDIENTES A LA REPUBLICA DE GUATEMALA
BANCO DE LONDRES Y MONTREAL

NUMERO	FECHA	MONEDA EXTRANJERA	MONEDA NACIONAL
6608	27-6-1968	3.966,11	₡ 26.474,20
6333	17-4-1968	6.240,32	41.342,10
		TOTAL:	₡ 298.209,72

11) Los cheques descritos fueron sustraídos por A.C.P., quien los presentó al cajero del Banco Central para su pago, fingiendo una representación de P.A.N., que no tenía. El Banco procediendo con negligencia inexcusable, efectuó el pago de los cheques sin identificar al usurpador como personero de la compañía con facultades para hacer efectivos los cheques, obligación elemental de todo cajero y consignada expresamente por el artículo 705 de nuestro Código de Comercio, que al respecto dice textualmente: "El que paga una obligación constante en un título a la orden. . . debe verificar la identidad de la persona que presenta el título como último tenedor". Con respecto a este artículo queda claro que para identificar una persona física, se le exige la cédula de identidad, pero para identificar a una persona jurídica, como es el caso que nos ocupa, debe exigirse la comprobación de la personería.

Para efectuar el cobro indebido de los cheques, el señor C.P., en el momento de recibir el importe, los endosó al Banco Central en nombre de la sociedad usurpando su representación, atenido a la negligencia del Banco que no le exigió comprobar su personería. El Banco Central no figuraba en los cheques como girado.

Las funciones propias del Banco Central, no se equiparan a las de un Banco Comercial dedicado a la compra de cheques. Por consiguiente, al efectuar una operación para la que no tiene los registros de firmas y otras seguridades usuales de los Bancos Comerciales, debió extremar las precauciones. Al no hacerlo, cometió grave imprudencia e incurrió en responsabilidad.

12) El Banco Central de Costa Rica compró cosa ajena al pretender adquirir los cheques descritos por medio del endoso de persona física no autorizada legalmente para ello.

13) El Banco Central de Costa Rica recibió del girado el valor de los cheques descritos.

14) El Banco Central de Costa Rica no ha pagado a su legítima beneficiaria el valor de los cheques descritos.

15) Con fecha 14 de octubre de 1968, presentó el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Gerente de P.A.N. escrito de reclamo al Banco Central, haciéndole ver la ilegalidad en que había incurrido al pagar mal los cheques descritos en el extremo anterior, e instándolo a que reintegrara a su dueña el monto de los mismos.

16) Con fecha 3 de diciembre de 1968, recibió la sociedad P.A.N., comunicación del Subgerente del Banco Central en que informaba de la resolución tomada por la Junta Directiva de dicho Banco, en artículo 11 correspondiente a la Sesión número 2.248, celebrada el día 26 de noviembre de 1968, en la cual se negaba la reclamación indicada en el extremo anterior, alegando que al Banco Central no le cabía responsabilidad por el pago de los cheques y argumentando lo siguiente: "tal y como lo establece el artículo 705 del Código de Comercio" "El que paga una obligación constante en un título a la orden, no esta obligado a cerciorarse de la autenticidad de los endosos". Ni aún el girado está en la obligación ni en el derecho de que se le compruebe la autenticidad de los endosos y lo único que debe cuidar es la relación de continuidad de éstos, a fin de determinar que el último de estos tenedores, esto es, quien posee el cheque, es su legítimo propietario en virtud de una relación continuada de endosos. Por consiguiente, el Banco actuó a derecho en las transacciones objeto de su oficio, y por lo tanto, repetimos, no le cabe la menor responsabilidad en el caso de que el endosante careciera de facultad para endosar ya que conforme lo establece nuestra ley, el Banco no tiene ni el derecho ni la obligación de cerciorarse de la autenticidad del endoso. En cuanto a la identificación de la persona que ejecutó las operaciones, el Banco cumplió con lo que la ley establece al respecto, esto es, solicitarle la cédula de identidad para llenar ese requisito. En materia de títulos de cambio y de crédito, la ley toma en consideración especialmente el debido cuidado o en su lugar la negligencia que se produce en la circulación de los títulos y que en este caso concreto, por todas las circunstancias que mediaron es evidente que la negligencia que hubo no es achacable al Banco". Como se observa, los argumentos extraídos por el Banco del artículo 705 del Código de Comercio, lejos de exonerarlo lo condenan. En efecto, ese texto claramente describe dos situaciones: la de los endosantes no identificables que firmaron el cheque en el curso de una serie continua de endosos y el de "la persona que presenta el título como último tenedor" y endosa el cheque directamente al pagador del mismo. En el caso concreto, los cheques aludidos no ostentan endosos anteriores. Quien se presentaba a cobrar era la propia beneficiaria. Desde luego, el Banco tenía que identificarla. Tratándose de una sociedad la identificación consistía en comprobar la personería de su representante legal. El señor C.P., se hizo pasar por el gerente de la compañía. En ese supuesto carácter que realmente no tenía, cobró.

El Banco obró con inexcusable negligencia y violación flagrante del artículo 705 del Código de Comercio que exige al pagador de un cheque "verificar la identidad de la persona que presenta el título como último tenedor". El Banco no verificó la identidad del personero de la sociedad beneficiaria de los cheques. El pago que hizo el Banco fue un acto de confianza con el usurpador, contrario a toda buena práctica bancaria, y por el cual el Banco debe responder.

17) Con fecha 16 de diciembre de 1968, la sociedad P.A.N., representada por su gerente, presentó a la Junta Directiva del Banco Central, recurso de reposición o reconsideración del caso; haciéndose ver el error en que estaba, al interpretar que al Banco no le cabía responsabilidad, advirtiéndole que no se trataba de endosos en los cuales el Banco tuviera únicamente la obligación de comprobar la relación de continuidad en los mismos, sino de cheques nominativos a favor de una sociedad comercial que el Banco había pagado a persona que no tenía representación legal necesaria, y a quien el Banco no había identificado debidamente, exigiéndole comprobar su personería.

Se reclamó en esa oportunidad el valor de los cheques mal pagados, los intereses correspondientes y los gastos de reclamo.

18) Con fecha 20 de enero de 1969, el Gerente del Banco Central, comunicó a P.A.N., que la Junta Directiva del Banco en sesión número dos mil doscientos sesenta y dos-sesenta y nueve, artículo quinto, celebrada el día dieciséis de enero de 1969, había resuelto no modificar el acuerdo, en virtud del cual se rechaza el reclamo del reintegro de los cheques y dando por agotada la vía administrativa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Civil de Hacienda falló el juicio en sentencia de las 9 horas del 29 de noviembre de 1971.

Al resolver sobre el fondo, el Juzgado reconoció la existencia de una concurrencia en la culpa, al decir: "En efecto, hubo culpa del Banco por

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

cuanto en lo que se refiere al pago de los cheques números: 04863 y 07567, se trataba de títulos cruzados, entendiéndose por tales aquellos que están cruzados por dos líneas paralelas transversales al frente del mismo, paralelas esas que internacionalmente significan que el tenedor no está facultado para negociarlos y de ahí que don A.C.P. en su carácter personal, no podía hacerlos efectivos, salvo demostrando la representación legal de la sociedad beneficiaria, extremo que no exigió el Banco. Luego los cheques números 6333 y 6608 eran títulos que en líneas rojas y en el frente tenían la leyenda "Certificado no negociable", leyenda que igualmente impedía al señor C.P. pretender hacerlos efectivos y al Banco pagarlos, salvo, como está dicho acreditando la representación de la compañía beneficiaria. En consecuencia, consiste la culpa del Banco en lo siguiente: El no haber exigido al tenedor A.C.P., la necesaria identificación, no en su carácter personal por cuanto salvo el cheque número 067112, los diez restantes no tienen ninguna relación de endosos, pues sólo aparece en ellos una firma de C.P., como personero legal, con poderes bastantes, de la sociedad beneficiaria, sin embargo, frente a la culpa de la sociedad aquí actora, la del Banco resulta leve. Fue mayor la culpa de la sociedad actora según de seguido se pondrá de manifiesto y significó, entonces, una tácita ratificación de lo actuado por C.P., que implica, a juicio del Juez, la aceptación de lo que éste hacía y de sus consecuencias. Al referirse a la culpa de la sociedad actora, el Juez en su sentencia dijo: "Consistió la culpa de la sociedad actora en lo siguiente:

1) Depositó su absoluta confianza en un simple empleado que no tenía representación legal de la empresa, para: a) firmar licencias de exportación de los productos de la compañía —autorización que le concedió en forma expresa el Gerente de la actora señor: J.M.H.—, y lo que es más grave, para declarar, bajo la fe del juramento, a nombre de la compañía, que los precios y detalles de las facturas relativas a productos que exportaba eran exactos y verdaderos. b) Para, aparte de sus funciones de contable dentro de la empresa, retirar del correo la correspondencia que llegaba para la compañía, lo cual le permitía dominar un pleno conocimiento no sólo de los pedidos y ventas que recibía y hacía P.A.N., sino también de los pagos que recibían por concepto de ventas. c) Para aplicar las divisas que se recibían a las facturas de ventas para que el Banco Central sellara esas divisas, las que C.P., debía depositar luego en la cuenta corriente de la actora en el Banco Nacional de Costa Rica, operaciones éstas que C.P., llevaba a cabo personalmente, según así se desprende del propio testimonio del señor: J.M.H., Gerente de P.A.N. Consecuentemente, si C.P., retiraba la correspondencia de la empresa, llevaba su contabilidad, estaba autorizado para firmar licencias de exportación y para declarar bajo la gravedad del juramento a nombre de la empresa y si personalmente se encargaba de llevar las divisas al Banco Central para que fueran selladas y estaba autorizado luego para depositarlas en la única cuenta que la compañía mantenía en el Banco Nacional de Costa Rica, son hechos que constituyen un cúmulo de antecedentes suficientes para llamar a engaño a terceros acerca de la posición de C.P., dentro de la empresa, máxime si todos esos cometidos los llevó a cabo por un lapso relativamente largo (5 de marzo de 1966, fecha del cheque 04863 a 21 de junio de 1968, fecha del cheque 07567) sin que se objetara alguna de esas actuaciones por parte de la firma actora".

COMENTARIO:

Procede comentar aquí que la sentencia viola la ley al aceptar la existencia de un poder tácito. Algunos legisladores aceptan el poder tácito pero únicamente en situaciones en que el mandante consiente en el poder; tal sería el caso del marido que acostumbra cobrar los alquileres de casas pertenecientes a su mujer. El Código de Comercio argentino en su artículo 15 dice: "la autorización puede ser tácita cuando la mujer ejerza el comercio a vista y paciencia del marido, sin que éste se oponga por declaración debidamente registrada y publicada". Pero en el caso que nos ocupa, la ley exige poder expreso e inscrito en el Registro Mercantil.

En derecho no es concebible un poder tácito para defraudar.

Los actos jurídicos hechos en nombre del mandante pero fuera de los límites del mandato, no obligan al mandante si no son ratificados.

Al quedar la actora legítima beneficiaria de los cheques en imposibilidad de conocer el pago de los mismos por parte del Banco Central no pudo válidamente ratificar los actos del usurpador al cobrar los cheques. El único poder válido para endosar cheques en nombre de una sociedad, es el poder expreso otorgado en escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil, y la única prueba válida para acreditar el poder, es una certificación del Registro Mercantil. Existiendo disposición expresa en el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Código de Comercio, ésta debe aplicarse. El caso lo regulan los artículos 253 inciso G. y 680 del Código de Comercio.

Continúa el Juez en su sentencia: 2) El control interno de pedidos, ventas, pagos y adeudos, dentro de la organización de la compañía actora tiene que ser necesariamente, algo muy simple, que bien puede realizarse con mediana inteligencia, por lo siguiente: a) la sociedad actora tiene una contabilidad bien organizada. b) Tiene un único cliente P.A.S.B.I., y en consecuencia todos sus ingresos se originan de un único comprador. c) Nunca recibe pagos en efectivo, sino que todos son en cheques. d) Tiene la única cuenta corriente en el Banco Nacional de Costa Rica. Se trata entonces, de una organización tan sencilla como segura, que, sólo a través de un excesivo cúmulo de atribuciones depositadas en un simple empleado, pudieron dar pie para que, por la infidelidad de éste, fallara. 3) La compañía actora es una entidad que, por disposición legal, cuenta con Gerente, Junta Directiva y Comité de Vigilancia. Durante los años mil novecientos sesenta y seis, mil novecientos sesenta y siete y mil novecientos sesenta y ocho su Junta Directiva realizó cinco, siete y siete sesiones, respectivamente, en las cuales se conocieron los informes y reportes periódicos de la Contabilidad Interna y Externa y demás asuntos necesarios para la buena marcha de la Empresa. Mensualmente recibió un balance de situación y un estado de ganancias y pérdidas, según así lo declaró el secretario de esa Junta, quien también agregó que durante los antedichos años, en que había servido esa secretaría, no había podido apreciar que los Fiscales de la empresa (Comité de Vigilancia) ejercieran las funciones de revisión de balances anuales y examen de cuentas y estado de liquidación de operaciones. Si lo aquí dicho es lo que resultó probado y si fue precisamente en los citados años en que C.P. hizo efectivos los once cheques a que se refieren los autos, necesario es arribar a la conclusión de que sólo por un descuido inexcusable de parte de aquellos órganos fue posible que el contable se apropiara de fondos de la compañía. 4) Si, como está dicho, la actora tiene una contabilidad bien organizada y no recibe pagos en efectivo sino solamente en cheques, obvio es que hubo manifiesta negligencia de parte de los órganos directores de la empresa al no reparar que existían depósitos en efectivo por noventa y un mil doscientos cuarenta y cuatro colones cincuenta céntimos, según lo puso de manifiesto el perito Carazo Odio; esa circunstancia debió llamar la inmediata atención de los fiscales. 5) Si durante los períodos 1965-1966 y 1966-1967 los auditores externos de la actora le hicieron ver a la compañía que no se habían recibido confirmaciones de los saldos a cobrar a las subsidiarias de P.A.S.B., ese informe era más que suficiente para que los órganos rectores de la empresa pusieran el debido celo y vigilancia en su manejo y al no hacerlo así dieron base, por negligencia, a que el infiel contable continuara aprovechándose de su inercia. 6) Finalmente, si como al parecer, conforme lo declaró el químico, también encargado de asuntos administrativos, don B.R.P., el tren de vida que llevaba el contable A.C.P. no respondía al salario de mil novecientos colones mensuales que le pagaba la compañía, pues hasta dos automóviles tenía, así como otras comodidades, en un hecho que, por ser público y notario de la empresa, apreciado con mediana inteligencia por los directores de la compañía, bien pudo significar el principio de una investigación y el fin del desfalco, incluso habría evitado las proporciones a que llegó. 7) Que aparte de lo expuesto, menester resulta destacar que evidentemente la intención directa del causante del desfalco A.C.P., fue la de causarle un daño a la sociedad para la que trabajaba y no al banco; daño que pudo cometer merced a la enorme cantidad de atribuciones que tenía y que la generaban una excesiva confianza dentro de la empresa y que, además, le permitían aparentar ante terceros poderes o cargos que no tenía, ya que hasta llegó no sólo a endosar cheques como así resulta del número 067112, sino también a hacerse pasar por subgerente de la actora como resulta del cheque 04863. También conviene destacar la circunstancia de que todos los cheques presentados a los autos contienen sellos propios de la compañía, que a no dudarlo estaban al alcance de C.P., agréguese a todo lo dicho la circunstancia de que el contable aplicaba el importe de cheques la sucursal que la P.A.S.B., tiene en Nicaragua a cubrir parcialmente la cuenta de esa sucursal y parcialmente la cuenta que mantiene la sucursal de la misma empresa en la República de El Salvador y se tendrá entonces todo el marco, sin vigilancia alguna, que permitió a C.P. usar y abusar de los fondos propios de la firma. Finalmente, también entendió la parte actora que el daño causado por C.P. lo era en su perjuicio y no en el del Banco que acudió en demanda ordinaria contra la sucesión de C.P. y obtuvo pronunciamiento favorable a sus intereses, mediante el cual se declaró, no sólo que la sucesión le adeuda el monto total de los cheques, sino también que la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

totalidad de los bienes sucesorios responden al pago de la suma adeudada. 8) Que consecuentemente con lo atrás considerado, debe concluirse no sólo en que hubo mayor culpa de parte de la sociedad actora desde que de haber actuado sus directores con mediana inteligencia, empeño y prudencia en sus funciones bien pudieron haber evitado o por lo menos aminorado las consecuencias de la infidelidad del contable sino que: además, su inercia, falta de vigilancia y su consentimiento para que un simple empleado llevara a cabo actos que por su naturaleza correspondía ejecutarlos al Gerente o al Presidente del Consejo de Administración o a los consejeros que determine la respectiva escritura social, así como a la circunstancia de que fuera por un lapso mayor a dos años que el contabal estuviera operando en forma tal que aparentaba la representación de la empresa. Son hechos o actos que, necesariamente, implican la aceptación de lo que hacía y aparentaba C.P. y de sus consecuencias, razón por la que deben acogerse las defensas invocadas de falta de derecho y de falta de personería ad causam pasiva y activa, declarar la improcedencia de la demanda y disponer el archivo de estas diligencias''.

COMENTARIO

He transcrito todos los argumentos del señor Juez en su sentencia a efecto de demostrar que ninguno de ellos significa culpa por parte de la beneficiaria de los cheques por el mal pago que de ellos hizo el Banco Central de Costa Rica y que ninguno de ellos significa en forma alguna que el usurpador de los cheques contaba con poder suficiente para negociar cheques.

No pudo válidamente el señor Juez, como lo hizo en su sentencia, concluir que la sociedad beneficiaria al darle al usurpador de los cheques confianza comparable a la que se le da a un simple administrador sin facultades para disponer de bienes, debe responder de los actos que éste realizó propios de un apoderado generalísimo, cuales son el negociar cheques certificados nominativos; mucho menos cuando se trataba de cheques cruzados no negociables.

Todo esto sin entrar a analizar que se trataba de cheques que el Banco Central pagó en dinero efectivo en la ventanilla, lo cual era legalmente imposible por tratarse de cheques cruzados, como se demostrará.

La sentencia, después de conceder al contador de la empresa, facultades de apoderado generalísimo, única forma en que pudo válidamente negociar cheques certificados y nominativos, culpa a ambas partes: beneficiaria y Banco Central, por el mal pago que este último hizo de los cheques al usurpador. El juzgador afirma que la beneficiaria incurrió en culpa porque los actos que realizaba el usurpador de los cheques con la tolerancia de la beneficiaria demostraban tal confianza hacia él que bien pudo negociar los cheques, y que la culpa del Banco consistió en no identificar al tenedor de los cheques como apoderado de la beneficiaria, lo cual no es más que una simple contradicción pues si no contaba con poder suficiente para negociar cheques no pudo válidamente hacerlo.

Obsérvese como todas las actuaciones del contador eran las de un simple administrador sin facultades de apoderado generalísimo, ni siquiera de apoderado general.

La afirmación del señor Juez en su sentencia de que el usurpador de los cheques "se hizo pasar por Subgerente", demuestra que el Banco no comprobó su personería. Si el Banco hubiera exigido la exhibición del poder, tal situación no se hubiera presentado. Además el hecho de que se haya hecho pasar por Subgerente no significa nada, lo importante no es ser Subgerente, sino comprobar qué facultades tenía ese Subgerente.

Tampoco considero correcto que si el señor Juez en su sentencia encontró culpable a ambas partes, condene solamente a una; a la que consideró discrecionalmente que había cometido la culpa menos grave.

Veamos lo que al respecto opina Zacapa. "El Banco en todo caso debe comprobar la representación del libramiento por medio de apoderado.

Cuando el pago del cheque se verifica sin la debida observancia de los requisitos señalados anteriormente para producir la regularidad nos encontramos frente al pago irregular. En el estudio del pago irregular surge el problema del riesgo del mismo, a fin de determinar la persona que va a soportar la carga del daño que produzca dicho pago.

La cuestión práctica sobre la legitimidad del pago y sobre la responsabilidad del daño verificado, ha fatigado, desde ya tiempos, a la doctrina y a la jurisprudencia. El problema así planteado, consiste pues, en determinar si el daño producido por el pago irregular va a ser sufrido por el librador o por el librado. Opinamos porque el problema sea resuelto remitiéndolo a los principios generales de la culpa, y, de este modo, sostener que el riesgo de la irregularidad en el pago del cheque corre a cargo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

del sujeto culpable (En este mismo sentido opina Mossa, quien afirma: Que el riesgo está a cargo con hechos propios o de las personas por las cuales se obliga a responder, ha originado la culpa). En el caso de haber habido culpa de ambas, corre a cargo de quien ha cometido la culpa con mayor gravedad" (8).

No parece justa la opinión de Mossa, lo correcto sería fijar la responsabilidad de acuerdo a la culpa de cada uno, y no que la culpa leve sea ignorada.

Obsérvese lo que dicen Bonfani y Garrone: "Concurrencia de responsabilidad. . . La cuestión es que, en cada caso, habrá que concretar, sobre meras pautas proporcionales por la ley si hay culpa exclusiva de una de las partes o concurrente. Asimismo, en este último supuesto, debe determinarse la proporción respectiva.

En otras palabras, que en el caso de concurso de culpas se aplicará el principio de proporcionalidad del daño. Habría de apreciarse cuál es la naturaleza del deber violado, si se trata o no de una obligación contractual" (9).

Analizando la naturaleza del deber violado por el Banco Central, fue la ley propiamente lo que se violó. En el caso de la beneficiaria de los cheques, la sentencia fundamenta su culpa en el descuido o negligencia, al depositar confianza en un simple empleado.

El señor Juez en su sentencia no demuestra que la culpa de la sociedad actora fuera mayor que la del Banco Central simplemente lo resuelve así haciendo uso de su discrecionalidad. En el fondo el señor Juez en su sentencia lo que quiere decir es que tanto la prohibición que tenía el Banco Central para negociar los cheques, como la violación en que incurrió el cajero del Banco Central al pagar sin identificar al tenedor de los cheques como personero representante de la sociedad beneficiaria, fueron desapareciendo al irse consolidando con el tiempo la "tácita ratificación" del poder del usurpador. Lo que ocurrió en dos años y dos meses que le tomó a la sociedad actora el darse cuenta de que el Banco Central le estaba pagando al usurpador en efectivo sus cheques certificados, nominativos, cruzados, no negociables.

Por lo tanto la supuesta culpa de la beneficiaria no disminuye en nada la responsabilidad en que incurrió el Banco Central al negociar cheques no negociables con el usurpador.

La culpa de la sociedad actora, si es que existió, resulta en realidad leve en relación con la del Banco Central que no identificó al tenedor de los cheques. Obsérvese al respecto lo que nos dice la doctrina: "La identificación consiste en demostrar o acreditar que el tenedor del cheque es realmente la persona que dice ser; la exigencia de tal identificación, trasmisora de seguridad y garantía para el cheque, ha nacido con la naturaleza del título mismo, llegando a ser objeto de disposición legal. La ley establece que quien paga un título valor, debe verificar la identidad de la persona que presenta el título tenedor como último tenedor, así como la continuidad de los endosos" (10).

No existe pues duda alguna con respecto a que quien se presenta a cobrar un cheque, debe identificarse y es obligación ineludible del pagador su identificación, bajo pena de perder el valor de lo pagado.

A pesar de que no se está ante la presencia de cheques al portador, es interesante analizar el caso, ya que existen autores que inclusive estiman necesaria la identificación del tenedor, en el caso de cheques al portador.

"Efectivamente, cuando un cheque tiene endoso pleno, no se duda sobre la necesidad de exigir la identidad del último endosatario que ha de ser la persona que legítimamente lo presente al cobro; pero cuando el último endoso se realiza en blanco, surge la discusión. Al respecto tres soluciones se han tratado de dar, tales son las siguientes: a) Quienes con Messineo, Vivante, Valery, Salandra y otros, sostienen que no es necesaria la identificación; b) Quienes con Belaffio y Supino afirman que tal identificación debe ser exigida; c) Finalmente Mossa opina que, en general en los títulos valores con endoso en blanco no es necesario la identificación " (11).

Por lo expuesto nos damos cuenta de que aun en cheques al portador, autores como Bolaffio y Supino, consideran que el pagador debe identificar al tenedor al pagar un cheque.

---

(8) J. Francisco Zacapa, "El derecho del cheque, México, D.F., pág. 126 y siguiente.

(9) Mario Alberto Bonfani - José Alberto Garrone, El Cheque, Abeludo Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 196.

(10) J. Francisco Zacapa, obra citada.

(11) Boletín del Instituto de Derecho de México, D.F., número correspondiente a enereo-abril de 1948, "pagos de cheque" No. 1 pág. 41.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

En relación a los argumentos expuestos, hay autores que se refieren a ello, mediante un cuadro sinóptico de los pagos regulares e irregulares que es el siguiente:

REGULAR: Se ha comprobado.

1) Una firma auténtica.
2) Emisión regular del cheque con todos los requisitos legales.
3) Identificación de la persona que cobre el cheque.
4) Existencia regular del cheque "Condiciones de validez jurídica".

IRREGULAR CON CULPA DEL LIBRADO:

1) Falta de autenticidad de la firma.
2) No se ha comprobado la emisión regular.
3) No se ha identificado la persona que cobró el cheque.
4) No se ha comprobado la existencia regular del cheque.

Afirmamos anteriormente que había autores que incluso en el caso de cheques al portador, exigían al librado la identificación del tenedor al pagar un cheque, dijimos al respecto que David Supino profesor de la Universidad de Pisa participaba de esa opinión, veamos lo que dicho autor dice: "El pago debe hacerse al legítimo poseedor, o bien a un mandatario suyo. . . Si el que pide este pago es, como sucede las más de las veces, un endosatario, más bien que el mismo tenedor, deberá demostrar que es el poseedor legítimo". El deudor tiene el derecho y la obligación de cerciorarse de la identidad del poseedor" (12), ese mismo sentido opina Bartolomé Guillén e igual en su obra Derecho Bancario página 78, quien dice: "La letra debe pagarse a su legítimo poseedor". (Ver cita 29).

Ruperto Navarro Zamora, dice: Sección cuarta "A quién debe hacerse el pago para que el pagador quede sin responsabilidad es necesario además que se pague a persona legítima, si no quiere exponerse a pagar dos veces" (13).

El mismo autor dice:

"Son pues, personas legítimas para recibir el importe de la letra, el propietario de ella, o el acreedor verdadero, si tiene la libre disposición de sus bienes, y si no la tiene su legítimo representante" (14).

Es interesante analizar este último argumento, pues en el caso que nos ocupa, figuraba en los cheques como beneficiaria una persona jurídica. Seguidamente Navarro Zamorano dice:

"Para asegurarse el pagador de si el que le presenta la letra es persona legítima para cobrarla, tiene el derecho de exigirle al portador de la letra, que le acredite su cualidad, sino aparece en ella, y que identifique su persona por medio de documento o sujetos que respondan de ser la misma a cuyo favor está el título para cobrar" (15).

En este caso el argumento para la letra, es el mismo que para el cheque.

Guillermo Cabanellas argumenta también que el pagador al pagar un cheque, debe reconocer la identidad del que cobra (16).

Agustín Vicente y Gella (17), establece que el pagador al pagar un título, debe identificar debidamente al tenedor del mismo.

Balsa Antelo y Bullucci (18), en relación con el pago por parte del girado de un cheque a persona distinta del beneficiario, consideran que el mal pagador debe cargar con las consecuencias y pagar de nuevo, si ha mediado culpa de su parte en el pago.

El mismo autor citado, comentando la legislación y jurisprudencia francesa, dice: "El deber del banquero, no se limita a verificar, como lo hizo, solamente la firma (la firma del librador), sino que debe tomar las precauciones elementales contra un hecho ilícito" (19).

Nada más claro que la jurisprudencia francesa referida.

---

(12) David Supino, "Derecho Mercantil", Madrid, La España Moderna, Cuesta de Santo Domingo 16, pág. 382.

(13) Ruperto Navarro Zamorano, "Tratado general sobre las letras de cambio, libranzas, pagarés", Madrid, Boix Editor, pág. 114.

(14) Ruperto Navarro Zamorano, pág. 237 obra citada.

(15) Ruperto Navarro Zamorano, pág. 238 obra citada.

(16) Guillermo Cabanellas, "Diccionario de Derecho Usual, Tomo 1, Bibliografía Omega, Buenos Aires, 1968, pág. 573.

(17) Agustín Vicente y Gella, "Introducción del Derecho Mercantil, Tomo 1, Bibliografía Omega-Buenos Aires, págs. 229, 248 y 250.

(18) Balsa Antello y Bellucci, "Técnica Jurídica del Cheque", Roque de Palma, editor, Buenos Aires, 1961, págs. 94 y 95.

(19) Balsa Antello y Bellucci, pág. 124, obra citada.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

El Banco Central en el caso que nos ocupa únicamente se limitó a exigir, según su propio dicho, la cédula de identidad de la persona física de quien se presentó a cambiar los cheques girados a la orden de una persona jurídica. Seguidamente el autor dice: "La única forma de cheque en que se aplica sin distinción el principio de la presentación por el poseedor y su pago por el Banco, es el documento al portador" (20). El mismo autor dice: "la jurisprudencia ha decidido, aplicando principios generales, que el Banco que pagó un cheque a persona que no acreditó su título legítimo no puede oponer ese pago a la acción del legítimo beneficiario de aquel" (21). El mismo autor citado dice: "Incurre en responsabilidad del Banco que paga un cheque que le es remesado por un tercero a la orden de aquel, sin haber exigido justificación a la legitimidad del cheque" (22).

Dice Joaquín Garrigues: "Solo quien posee el título está en condiciones de ejercitar el derecho. Pero el poseedor necesita legitimarse" (23).

El mismo autor dice: "Para que el pago del cheque surta efecto, en las relaciones del librado con el librador, es preciso que se pague a persona legítima para recibir el pago" (24).

Comenta Garrigues que: "El cheque al portador es el preferido por los Bancos, en razón a que en él no existe para ellos ningún deber de examen de la legitimación del titular" (25). Afirmamos anteriormente que Supino opina que aun en esos casos de cheques al portador, debe el Banco identificar el tenedor. Garrigues no opina así, lo cual quedó demostrado con lo transcrito sin embargo es indudable su criterio en el sentido de que el Banco necesariamente debe identificar al tenedor del cheque nominativo.

Joaquín Rodríguez Rodríguez, dice: "El cheque como título valor debe ser presentado por su tenedor legítimo o su representante autorizado" (26).

Raúl Cervantes Ahumada, dice: "No puede asegurarse que el endoso en blanco, convierta el título a la orden en título al portador, porque el endoso, según dijimos, tiene por principal función la legitimadora, es decir, la de legitimar al endosatario. Por tanto, aquel que se presenta a cobrar un título endosado en blanco, deberá llenarlo e identificarlo para poder cobrarlo" (27). Lo anterior a efecto de hacer notar como el endoso en blanco, no exime al Banco de responsabilidad de identificar el tenedor a la hora del pago.

El problema práctico que presenta la legitimidad del pago y la responsabilidad del daño ocasionado, ha sido objeto de examen por parte de la doctrina y la jurisprudencia, conforme lo expusimos, sin embargo las convenciones sobre títulos valores y sobre cheques que ha habido, no han regulado en forma expresa la materia, dejando en esa forma a la legislación de cada país, la regulación de la cuestión. Así lo dispuso la Convención de Ginebra de 1931 y la Conferencia de la Haya en 1912 tras largo cambio de ideas según comenta Balsa Antello y Bellucci (28), llegó a la conclusión de que el punto incumbe puramente a la legislación interna de los estados concurrentes. El Código de Comercio de España, en relación con la letra de cambio, cuyas regulaciones son aplicables también al cheque, en el artículo 490 dice: "El que paga una letra de cambio antes de que haya vencido no quedará libre de satisfacer su importe, si resultare no haber pagado a persona legítima". El artículo 492 dice: "El portador de la letra que solicita su pago, está obligado a acreditar al pagador la entidad personal". . . .Con relación a las transcripciones relativas a la letra de cambio, es necesario advertir que en términos generales, las disposiciones legales que regulan la letra de cambio son aplicables al cheque también, ya que: "El cheque en esencia es una letra de cambio" (29).

La Ley de Cheques de la República de Ecua-

---

(20) Balsa Antello y Bellucci, pág. 129, obra citada.

(21) Ibid, pág. 130.

(22) Ibid, pág. 253.

(23) Joaquín Rodríguez Rodríguez, "Curso de Derecho Mercantil", Tomo Uno, Cuarta Edición, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid en el capítulo valores.

(24) Joaquín Garriguez, pág. 755, obra citada.

(25) Mismo autor, obra citada, pág. 755.

(26) Joquín Rodríguez Rodríguez, "Derecho Bancario", Segunda Edición, Editorial Porrua.

(27) Raul Cervantes Ahumada, "Títulos y Operaciones de Crédito", 5ta. Edición, Editorial Herrero S.A., México D.F., 1966, pág. 36.

(28) Obra citada, pág. 127.

(29) Ver en este sentido la Declaración de la Cámara de Pares de Londres.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

dor, dice: "El poseedor de un cheque se considerará poseedor legítimo si justificare su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último fuere en blanco" (30). Según esta legislación, como se observa, el endoso en blanco no hace presumir que el tenedor es el dueño legítimo del cheque, sino que debe justificar su derecho (31).

Es interesante analizar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, que literalmente dice: "El que pague no está obligado a cerciorarse de la autenticidad de los endosos ni tiene la facultad de exigir que ésta se le compruebe, pero sí debe verificar la identidad de la persona que presente el título como último tenedor y la continuidad de los endosos" (32).

El artículo 705 de nuestro Código de Comercio, regula claramente el caso que nos ocupa.

Al decir: "El que paga una obligación constante en un título a la orden, debe verificar la identidad de la persona que presenta el título como último tenedor".

Cuando existe cadena de endosos al tenedor se le considera poseedor legítimo.

José Alberto Garrone, afirma que: "El portador legítimo formalmente se reputa propietario del título por presunción legal "iuris tamtum" (33). Los cheques en cuestión no tenían cadena de endosos, ni se convirtieron en títulos al portador por el hecho de haber sido firmados al dorso por persona que no ostentaba la representación de la compañía. Como bien lo explica Cervantes Ahumada en la obra citada, el endoso en blanco no convierte el cheque nominativo en cheque al portador; y quien se presenta a cambiar un cheque debe identificarse.

Nuestro Código de Comercio en los artículos 680 y 681, establece que únicamente el representante legal de una empresa puede firmar en su nombre títulos valores.

Es necesario referirse aquí al poder, como instrumento donde se hace constar el mandato. El artículo 1251 del Código Civil regula el caso.

Al respecto el tratadista Eduardo Pallarés dice: "La representación no tendrá más límites que los que expresamente le haya fijado el representante en el instrumento o declaración respectivos" (34). A pesar de que no estamos ante el caso de sucesión de endosos interesa aquí destacar principalmente la representación necesaria para poder endosar un cheque y a quién debe éste pagarse. Con respecto al primer punto dice Eduardo Pallarés: "Sólo puede endosar el legítimo propietario del título con capacidad bastante para enajenar, o sus representantes legales con facultades bastantes para obligarlo cambiariamente (35). Con respecto al segundo punto de a quién debe pagarse el cheque, es indudable que debe pagarse a su legítimo tenedor y para ello, conforme expresamente lo dice Eduardo Pallarés, "La persona que haga el pago debe identificar al cobrador (36). Cuando el beneficiario de un cheque es una persona jurídica, el pagador debe exigir a la persona que se presenta a cambiar el cheque, la exhibición de su poder, de su personería legal. Al respecto nuestro Código Civil en su artículo 766 literalmente dice: "El pago debe ser hecho al mismo acreedor o a quien legítimamente represente sus derechos". Contra esta disposición expresa y otras en el mismo sentido de nuestro Código de Comercio como el artículo 235, inciso "D" que dice: "En el Registro Mercantil se inscribirán las escrituras en que conste el nombramiento, modificación o revocación de los poderes conferidos a los gerentes, administradores, y representantes legales de sociedades comerciales, nacionales o extranjeras", no caben excepciones.

Al pagar el Banco Central los cheques referidos a persona no identificada, incurrió en culpa grave. Obsérvese que al pagar el Banco girado los cheques se extinguió la acción cambiaria, por lo que la acción que se presentó a los tribunales de justicia fue una acción causal.

Al respecto opina Joaquín Rodríguez: "El pago de cheques extingue todas las acciones derivadas del título de crédito y el propio cheque" (37).

Bartolomé Guillén e igual dice: "El contrato

---

(30) Artículo 17.
(31) Ver cita 27.
(32) Artículo 39.
(33) José Alberto Garrone, "El Cheque", Abeludo Perrot, Buenos Aires, 1971 pág. 133.
(34) Eduardo Pallares, "Títulos de Crédito en General, Letra de Cambio, Cheque y Pagaré", Ediciones Bota, México, 1952, página 71.
(35) Eduardo Pallares, obra citada, página 120.
(36) Eduardo Pallares, obra citada, página 221.
(37) Joaquín Rodríguez Rodríguez, "Derecho Bancario", obra citada, pág. 253.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de cambio se extingue mediante el pago de la cambial. . . y dicha letra perdiendo su valor desaparece de la circulación quedando convertida en simple documento de justificación de pago" (38).

Cabe advertir aquí que además de la acción causal, también existe la acción de enriquecimiento, la cual es susceptible de ejercitarse una vez extinguida la acción cambiaria. "Cuando el tenedor de un cheque no tiene ya las acciones cambiarias por prescripción o caducidad de las mismas, ni tampoco la causal, por haber desaparecido o porque nunca llegó a existir, se concede al tenedor del cheque una acción de enriquecimiento " (39).

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

Ambas partes apelaron de la sentencia de primera instancia ante el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, quien en su sentencia resolvió:

I. Este Tribunal acoge las consideraciones del señor Juez a quo sobre los documentos presentados después de la demanda y su contestación la tacha de testigos y hechos probados. II. A juicio de este Tribunal no existen hechos de importancia que alegados por las partes deban considerarse como no probados. III. Comparte este Tribunal también las consideraciones del Juez de Primera Instancia en cuanto a la excepción de caducidad y sobre la capacidad del Banco Central para negociar divisas extranjeras. IV. En cuanto al fondo del negocio este Tribunal comparte las conclusiones a que llega el señor Juez, pero por diferentes razones, ya que al tenor de la doctrina del artículo 812 del Código de Comercio la entidad demandada, el Banco Central, habría tenido acción contra la aquí actora si esos cheques no hubieran sido pagados por los girados, de donde se desprende en forma nítida que si tal es la situación de la persona a cuyo nombre aparezca hecho el giro cuando su negligencia o descuido ha contribuido a que un cheque haya sido endosado por personas sin poder o autorización para hacerlo, menos aun podrá reclamar contra quien lo adquirió de buena fe. V. Que el Tribunal se inclina a conformar también la exoneración en costas recurridas por estimarse, al igual que el Juez a quo, que hubo materia bastante para litigar dada la naturaleza de las cuestiones debatidas, artículos: 59, inciso 2, y 98, inciso c), y 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 1027 a la 30 del Código de Procedimientos Civiles".

RECURSO DE CASACION:

Contra el Fallo del Tribunal se interpuso recurso de casación alegando violación del artículo 705 del Código de Comercio que literalmente dice: "El que paga una obligación constante en un título a la orden, no está obligado a cerciorarse de la autenticidad de los endosos, ni tiene facultad de exigir que ésta se le compruebe; pero sí debe verificar la identidad de la persona que presenta el título como último tenedor, y la relación de continuidad de los endosos". Violación del artículo 826 del Código de Comercio que literalmente dice: "Cuando el cheque contuviere la palabra banco en el anverso, entre dos rayas paralelas, el banco contra quien esté girado no podrá pagarlo sino a otro banco. Si a la palabra: banco se le hubiere agregado el nombre particular de un establecimiento de ese género, el pago deberá hacerse sólo a ese determinado banco. Cualquier portador del cheque puede cruzarlo". Violación del artículo 827 del Código de Comercio que literalmente dice: "El Banco que pagare un cheque en contravención de lo dicho en el artículo anterior, será responsable ante el verdadero dueño del cheque, por cualquier pérdida que éste sufriere por motivo del pago hecho".

Violación del artículo tercero del Código de Comercio que literalmente dice: "Para que la costumbre sea aplicable y supla el silencio de la ley, es necesario que haya sido admitida de modo general y por un largo tiempo, todo a juicio de los tribunales. El que invoque una costumbre debe probar su existencia, para lo cual toda clase de prueba es admisible". Violación del artículo 235 inciso d) del Código de Comercio que literalmente dice: "En el Registro Mercantil se inscribirán: Las escrituras en que conste el nombramiento, modificación o revocación de los poderes conferidos a los gerentes, administradores, y representantes legales de sociedades comerciales, nacionales o extranjeras". Artículo 680 del Código de Comercio que literalmente dice: "El título valor puede estar firmado personalmente por el obligado o por su apo-

---

(38) Bartolomé Guillén e Igual, "La letra de cambio", Editorial Bosch, Barcelona, pág. 75.

(39) Joaquín Rodríguez Rodríguez, "Derecho Bancario", obra citada, pág. 263.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

derado o representantes. Tratándose de sociedades, los administradores o los gerentes se reputan autorizados para suscribir títulos valores a nombre de ellas". Artículo 1251 del Código Civil, que literalmente dice: "El contrato de mandato puede celebrarse entre presentes y ausentes, por escritura pública o privada y aun de palabra, pero no se admitirá en juicio la prueba de testigos, sino en conformidad con las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes exijan documento público. El instrumento en que se hace constar el mandato se llama poder. Los poderes generales o generalísimos deben otorgarse en escritura pública e inscribirse en la sección correspondiente del Registro de la Propiedad, y no producen efectos respecto de tercero sino desde la fecha de su inscripción".

Violación del artículo 1045 del Código Civil que literalmente dice: "todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios". Como seguidamente se observará, la Sala de Casación al igual que el Tribunal, fundamenta su fallo en la doctrina del artículo 812 del Código de Comercio, pero por razones diferentes, como éste lo dijera en su sentencia respecto a las conclusiones a que llegó el señor Juez en la suya.

SENTENCIA DE LA SALA DE CASACION

En su sentencia la Sala de Casación dice en el considerando II, "El artículo 826 del Código de Comercio dispone que cuando el cheque contuviera la palabra "Banco" en el anverso, entre dos rayas paralelas, la entidad contra la que está girado no podrá pagarlo sino a otro banco. En el caso, los cheques estaban girados contra diversos bancos extranjeros; el banco demandado los adquirió mediante endoso y los cobró a los girados, los cuales, conforme a ese artículo 826, estuvieron en posibilidad de pagarlos sin incurrir en infracción de tal texto, pues fueron pagados a un Banco. El procedimiento usado en los casos en estudio para el giro, envío y pago, es usual en el comercio internacional y no viola la ley que se señala. Si al cruzar los cheques se hubiera designado una institución específica la situación sería diferente".

Cabe observar al respecto, que la ley no se violó cuando el girado pagó, sino cuando el Banco Central negoció los cheques cruzados pagándolos en dinero efectivo en su ventanilla a persona física que no identificó como representante de la sociedad beneficiaria.

"El cheque cruzado no puede pagarse en la ventanilla del Banco" (40). Señala la Sala que si los cheques hubieran indicado alguna institución específica el caso hubiera sido distinto. La responsabilidad del Banco Central no es menor por el hecho de no haberse indicado institución específica entre líneas. Tal circunstancia no convierte los cheques cruzados nominativos en al portador, ni faculta al banco para pagarlos en dinero efectivo en la ventanilla.

¿Qué perseguía el Banco Central al negociar cheques de ese tipo?

No podemos suponer que el Banco Central negocia sólo por negociar. No se trata de un banco comercial. Y aun cuando se tratara de un banco de ese tipo, el único propósito que persigue un banco al adquirir un cheque cruzado es el de prestar el servicio de presentador.

Estamos ante la presencia de cheques, no de letras de cambio, que como dice Juan José González Bustamante: "El cheque se expide con una finalidad de pago en tanto la letra sólo persigue una finalidad de negociación" (41).

No se trata de que el Banco Central no pueda negociar, se trata de que un cajero no está facultado para ello. Y que la finalidad en todo caso de la negociación es la de mediar como presentador de los cheques cruzados.

Se ha asimilado la posición del tenedor de un cheque cruzado a la del que tiene una capacidad de obrar limitada. Tiene la plena titularidad, pero para proceder al cobro deberá usar el conducto, y por consiguiente, la cooperación jurídica, de una institución de crédito. Esta al proceder al cobro, no adquiere en ningún momento la propiedad del cheque cruzado, sino que simplemente se comporta como un representante del titular (42).

Dice Henry Cabrillac "otro peligro del cheque

---

(40) Juan Pique Vidam, "Todo sobre el cheque bancario", Editorial de Vecchi S.A., pág. 74.
A. Martínez Cerezo, en su Diccionario de Banca, Ediciones Pirámide S.A. Madrid, dice: *"puesto que el cheque cruzado no puede cobrarse en efectivo, sino que tiene precisamente que contabilizarse en una cuenta"*.

(41) Juan José González Bustamante, "El Cheque", pág. 29.

(42) Joaquín Rodríguez, obra citada.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

es el riesgo de la pérdida o del robo. Un cheque perdido o robado puede ser utilizado por un tercero que se hará pasar por el beneficiario, falseando la identidad de ésta o realizando un endoso apócrifo en el título. Para remediar este peligro la práctica, inicialmente y seguidamente la legislación, han consagrado el procedimiento de cruzar el cheque" (43).

En el caso que nos ocupa, de nada sirvió el cruzamiento de los cheques, ya que el cajero del Banco Central los pagó en dinero efectivo al usurpador en la ventanilla.

El argumento de la Sala de que la única implicación que tiene el cheque cruzado es que sólo puede ser cobrado por un banco y que el Banco Central pudo cobrarlo válidamente, es eludir el problema legal planteado. No se discute este punto. Lo que se alega es que el propio Banco Central no podía negociar un cheque cruzado certificado ni pagarlo en efectivo en la ventanilla, decisión que tomó el cajero discrecionalmente sin consultar previamente con quien tenía esta facultad en el Banco.

Veamos lo que dice el tratadista Ripert, al referirse al cheque cruzado: "Esta forma de cheque presenta una doble utilidad; en primer lugar, evita el riesgo de pérdida o robo, pues quien lo haya encontrado o robado no podrá presentarse personalmente para cobrarlo y no encontrará banquero que lo presente, por eso esos cheques se envían por carta ordinaria sin la precaución de certificarla.

Además como el cheque debe ser remitido a un banquero, no será pagado en dinero sino que se acreditará en cuenta del cliente" (44).

El caso que nos ocupa el tenedor no titular de los cheques los cobró en la ventanilla, sin depositarlos en cuenta corriente.

El mismo autor citado Cabrillac, dice: "Según el artículo 38 párrafo 3, el banco no admitirá un cheque cruzado al pago más que de persona que esté cualificada para tal presentación, es decir, como hemos visto otro banco, el encargado de cheques postales, uno de sus clientes o una de las personas enumeradas en el artículo 3. Con esta disposición se obliga al banco presentador a comprobar la identidad de quien se lo entrega y evitar de esta suerte que el banco presente al pago un cheque cruzado por cuenta de un ladrón o de un tenedor de mala fe. Es indistinto el título por el que el banco recibe el cheque cruzado: abono en cuenta corriente, compra del efecto o mandato de cobro. El banco Presentador puede pagar a su cliente el importe del cheque cruzado antes o después de su cobro. En efecto la obligación de no pagar un cheque cruzado más que a un banco sólo vincula al librado; el banco presentador, no obstante, al pagarlo adoptará iguales precauciones que cuando abona un cheque ordinario, pues de lo contrario la finalidad del cruzamiento se frustraría. De donde, si el conocimiento del cliente es superficial, se limitará a acreditar en la cuenta del beneficiario el importe del cheque mediante un asiento de contabilidad, pero no realizará el pago efectivo" (45).

Obsérvese como el Banco Central de Costa Rica al pagar los cheques cruzados no negociables no tomó ninguna de las precauciones que señala el autor citado en los párrafos transcritos.

El Banco Central no pudo haber adquirido los cheques cruzados no negociables más que con el propósito de ayudarle a la sociedad beneficiaria a cobrarle los cheques al girado.

Al pagarlos no identificó al tenedor como legítimo representante de la sociedad beneficiaria de los cheques.

Los pagó en dinero efectivo en la ventanilla del banco, cuando los cheques cruzados no negociables, como ha quedado demostrado, sólo son susceptibles de ser depositados en cuenta corriente del beneficiario.

De haberlos negociado, los negoció mal, pues un cajero de banco no está facultado para adquirir cheques en que el banco que representa no sea el girado.

Quien tiene en sus manos un cheque cruzado no puede recurrir para su cobro a la ventanilla del banco, por razón del cruzamiento. Debe en consecuencia valerse de otro banco que actuando como presentador le preste el servicio. Si ese fue el servicio que prestó el Banco Central a la beneficiaria de los cheques, debió haber depositado el monto de los mismos en cuenta corriente, y nunca pagarlos en la ventanilla en dinero efectivo.

Con relación a los cheques cruzados no nego-

---

(43) Henry Cabrillac, "El cheque y la transferencia", Biblioteca Jurídica Autores Españoles y Extranjeros, Reus S.A., 1969, pág. 14.

(44) Derecho Comercial, tomo III, pág. 270.

(45) Henry Cabrillac, obra citada, pág. 144.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ciables opinan: Bonfani y José Alberto Garrone: "En consecuencia es procedente referirse a los conceptos de jurisconsultos británicos en la materia, como la autorizada opinión de Chalmers quien al describir la forma y efectos del cheque cruzado 'No negociable' en Inglaterra señala que es siempre transferible pero limitado en su negociabilidad; se encuentra colocado a nivel de un título vencido.

Un portador legítimo puede siempre transferirlo y el endosatario tiene el derecho de exigir el pago, pero cuando el título del endosante es defectuoso acusando algún vicio, el endosatario que haya pagado queda despojado de su protección ordinaria acordada al legítimo portador de un cheque" (46).

En el caso que nos ocupa al negociar el Banco Central con el usurpador cheques cruzados, no negociables, certificados, nominativos, y pagarlos en efectivo sin identificar a la beneficiaria le causó a ésta un daño, ya que con su actitud impidió que el cruzamiento y no negociabilidad de los cheques tuviera efectividad. Al pagar los cheques en la ventanilla del Banco impidió que los cheques fueran depositados en la cuenta corriente de la beneficiaria, que era el propósito perseguido.

Los mismos autores Bonfani y Garrone seguidamente afirman: "Supongamos que un cheque al portador y cruzado, no negociable fuera robado. El ladrón obtiene el pago de un comerciante y éste hace efectivo el pago por intermedio de un banco. . . el comerciante está obligado a reembolsar el importe del cheque al verdadero propietario" (46). Obsérvese como el Banco Central al negociar los cheques actuó como un comerciante. La Sala lo reconoce al decir que el Banco Central no pagó, sino que negoció. Sea que no actuó ejerciendo las funciones propias de un Banco Central que no son precisamente las de negociar cheques. En otro párrafo los mismos autores dicen: "El cruzamiento es una garantía contra un posible cobro por titulares no legitimados" (46). Quiere ello decir que al negociar el Banco Central los cheques cruzados no negociables, dejó sin protección a la sociedad beneficiaria de los cheques. El hecho de que el Banco Central hubiera podido cobrar del girado el monto de los cheques no lo exonera de responsabilidad. Más bien agrava la situación pues para poder cobrarle al girado se valió su condición de banco, pero cuando tuvo que responder por haber pagado en efectivo los cheques, no asumió su responsabilidad de banquero.

En el considerando III se dice que: "El artículo 5 de la Ley Orgánica del Banco Central no fue interpretado erróneamente, tanto porque en el inciso 8 se faculta a la institución para la realización de las operaciones activas y pasivas que pueda efectuar conforme a esa ley, entre las que se incluye la adquisición de títulos valores".

Es cierto que el Banco Central puede adquirir títulos valores. Pero ese no es el punto. Se trata de que no es función primordial del Banco Central el negociar títulos valores y por lo tanto debe tomar mayores precauciones para llevar a cabo esas negociaciones.

La única intervención válida que pudo haber tenido el Banco Central con los cheques cruzados no negociables fue la de prestarle un servicio a la beneficiaria de los mismos como presentador.

En el considerando VI dice: el pago de esos cheques se fue produciendo a través de un lapso de más de dos años. Quiere decir que en este considerando VI acepta la Sala que hubo pago, lo que niega seguidamente.

Afirma la Sala que no hubo pago, como se dijo, que lo que sucedió fue que el Banco negoció los cheques. ¿Puede un cajero del banco negociar en su nombre cheques no negociables? ¿Tiene un cajero del Banco Central facultades para negociar títulos valores? Definitivamente no.

Esas son funciones de otros personeros de la institución, no de un cajero cuya función es contar billetes.

Los cheques que el Banco Central pagó al usurpador no tienen el visto bueno de ningún personero del Banco con poder suficiente para aceptar su negociación.

Seguidamente en el considerando IX de su sentencia, la Sala dice:

"Con aplicar la doctrina del artículo 812 del Código de Comercio, no está aceptando la sentencia que el Banco resulta beneficiándose con su propio dolo, porque no ha tenido por cierto que al recibir y pagar los cheques actuara con malicia. La simple circunstancia de que hubiera sólo un endoso y no una relación de ellos, no impedía la aplicación de la doctrina del artículo 812, como antes se dijo, ni obligaba por esa simple razón, a aplicar el

---

(46) Mario Alberto Bonfani y José Alberto Garrone, obra citada, pág. 292.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

artículo 705 del mismo Código, como se pretende. La sentencia recurrida no expresa que existiera una tácita ratificación de todo lo actuado ni que hubo un poder tácito para defraudar, y no ha incurrido en violación del artículo 3 del Código de Comercio".

La Sala de Casación afirma que el pago de los cheques se fue produciendo a través de un lapso de más de dos años "tiempo durante el cual la compañía accionante no reaccionó ni protestó". Quiere decir que el primer cheque que el Banco pagó al usurpador fue mal pagado, ya que la negligencia o descuido vino después, con el transcurso del tiempo.

Con base en la supuesta negligencia de la beneficiaria de los cheques se justifica la aplicación del artículo 812, pero aun en este caso el Banco fue el causante con su actitud ilegal de impedir que la beneficiaria de los cheques se pudiera dar cuenta de que éstos estaban siendo sustraídos. El que primero incurrió en negligencia y descuido en todo caso fue el Banco Central al pagar el primer cheque. En ese momento no se podía hablar de que el transcurso del tiempo había consolidado el poder del usurpador. En materia comercial no se admite la costumbre contra el texto expreso de la ley. Por esa razón la Sala no acepta la existencia de un poder tácito; pero el alegar que la negligencia de la beneficiaria de los cheques consistió en dejar pasar más de dos años sin protestar, significa el reconocimiento de un poder tácito, aunque lo niegue la letra de la sentencia.

Si no hubo una "tácita ratificación de todo lo actuado" como dice la Sala, ¿qué consecuencia jurídica tendría para la beneficiaria de los cheques, el haber dejado pasar más de dos años sin protestar por el pago que el Banco le estaba haciendo al usurpador de los cheques? Su negligencia trajo como consecuencia la consolidación del poder del usurpador para defraudar. Sea que la Sala acepta en materia comercial la existencia de poderes que no están inscritos en el Registro Mercantil.

Por otra parte dice la sentencia de la Sala:

"Es necesario decir que el Banco no pagó la obligación, simplemente compró y descontó los cheques, de manera que su situación no puede examinarse de conformidad con el citado artículo 705, pues esas reglas sólo rigen para el que paga que en el caso es el Banco girado, mientras que la situación del Banco Central es la del que recibe o descuenta un cheque, por lo que debe insistirse en que "el banco no pagó", sino que compró un crédito en moneda extranjera". Esto significa que a su juicio el artículo 705 del Código de Comercio se refiere sólo al girado. Excluir donde la ley no excluye es antijurídico.

Joaquín Rodríguez dice: "Un cheque puede ser objeto de una compraventa, entre endosante y endosatario, trasmitente y adquirente del cheque, debe darse una relación causal, en el caso de la que exista entre el girado y el tomador puede ser doanndi, crecendi, vel solvendi causa. Es decir, la emisión de un cheque y la firma puesta en él, ya sea en concepto de endoso o de aval, suponen la existencia de un negocio jurídico que es el que se llama relación causal o subyacente. De este negocio se derivan acciones" (47).

Este negocio jurídico que menciona Rodríguez en el párrafo transcrito, según la Sala de Casación se llevó a cabo entre el Banco actuando en su nombre el cajero y la beneficiaria de los cheques actuando en su nombre el usurpador, a quien se los pagaron en dinero efectivo en la ventanilla.

Por su parte el propio Banco Central al contestar la demanda no se refiere a ningún negocio jurídico, únicamente dice que el Banco pagó bien los cheques al identificar al tenedor de los mismos con su cédula de identidad. Lo mismo aseguró al dar por agotada la vía administrativa, en el párrafo quinto de la carta correspondiente.

"Resulta interesante analizar el significado de la leyenda: "no negociable" contenida en un cheque. Al respecto Cervantes Ahumada dice: "Cheques no negociables son los que no pueden ser endosados por el tenedor (48).

Malagarriga por otra parte señala que el cheque certificado no negociable al ser endosado sólo trasmite al endosatario "los derechos que tenía el endosante" (49).

Joaquín Rodríguez al respecto dice: "Hablamos de cheques no negociables, equiparando esta expresión a la de no endosables. Es decir son che-

---

(47) Joaquín Rodríguez, Derecho Bancario, pág. 253.

(48) Cervantes Ahumada, obra citada, págs. 146 y 147.

(49) Malagarriga, obra citada, pág. 819.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ques no negociables, aquellos que no pueden trasmitirse por endoso y que sólo pueden ser cedidos". (Ver cita 47).

En este mismo sentido se expresa Muñoz (50).

Debemos tener presente que los cheques considerados: no a la orden, para poder ser trasmitidos debe cumplirse con las exigencias del derecho común, sea: a) acto escrito, b) notificación al deudor de lo cedido, c) entrega del documento.

En el caso que nos ocupa, quien cedió los cheques al Banco Central no transmitió derecho alguno al cesionario ya que fue el usurpador de los mismos quien actuó sin poder alguno en nombre de la beneficiaria.

El Banco Central no se dio cuenta de ello, porque quien actuó en su nombre sin facultades para ello fue un cajero. De tal forma que quien negoció no fue el Banco Central, fue su cajero. Y si luego el Banco cobró del girado los cheques incumplió su obligación de depositar en cuenta corriente de la beneficiaria del producto, ya que un cheque cruzado no puede ser pagado en efectivo, sino depositado en cuenta corriente, como quedó explicado.

El artículo 812 del Código de Comercio al facultar al tenedor de un cheque de buena fe para cobrárselo al beneficiario, de no habérselo podido cobrar al girado, no se refiere al tenedor culpable del negocio en virtud del cual adquirió el cheque. Obsérvese que la sentencia tuvo por demostrado que el Banco Central incurrió en culpa al no identificar al tenedor de los cheques.

La supuesta culpa en que incurrió la beneficiaria de los cheques no convalida el negocio jurídico nulo. En todo caso, como quedó demostrado, ninguno de los actos que realizó la beneficiaria de los cheques implica realmente culpa ni configuran un poder a favor del usurpador. El único poder válido en materia comercial es el otorgado en escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil.

En el caso que nos ocupa no solamente se encontraba viciado de nulidad el negocio jurídico, por razón de la incapacidad para negociar que tenía el tenedor de los cheques, sino porque el Banco Central sólo pudo haber actuado como presentador de los cheques, no como simple negociante.

Aun cuando fuera considerado el Banco Central una institución engendradora de derecho, el caso que nos ocupa no podría ser contemplado bajo la Teoría de la Institución, en su concepción original de Hauriou. La Teoría es muy exigente con la idea del ente a realizar, no admite actuaciones fuera de ella, mucho menos culpables, y cuando así se comporta, sus partidarios no le conceden razón, ni derecho.

BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI
ASQUINI
BALSA
BELLUCCI
BELAFFIO
BERGSON
BONFANI
CABANELLAS
CABRILLAC
CAPITANT
CERVANTES AHUMADA
DUGUIT
GARRONE
GARRIGUES
GUILLEN E IGUAL
GONZALEZ BUSTAMANTE
HAURIOU
KEYNES
MARTEN
MALAGARRIGA
MARTINEZ CEREZO
MESSINEO
MORIN
MOSSA
MUÑOZ
NAVARRO ZAMORANO
ORTEGA Y GASSET
PALLARES
PLATON
PIQUE VIDAN
PEREZ BOTIJA
RENARD
RIPERT
RODRIGUEZ RODRIGUEZ
SATANOWSKY
SALANDRA
TOULEMON
VALERY
VICENTE Y GELLA
VIVANTE
ZACAPA

(50) Muñoz, "Títulos Valores Crediticios", Editorial Argentina, Buenos Aires, 1956, pág. 387.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PODER, DERECHO Y LIBERTAD.
(Juan Jacobo Rousseau y el Anarquismo).

Lic. Fernando Cruz Castro.

INTRODUCCION

El pensamiento de Juan Jacobo Rousseau contiene una gran riqueza y en muchos sentidos mantiene vigencia, ya que su preocupación por la LIBERTAD, sobre el origen del PODER y del PACTO SOCIAL, así como su planteamiento sobre la representación política, siguen siendo temas polémicos, cuya solución no ha sido definitiva.

La preocupación de Rousseau por la LIBERTAD, que se puede afirmar que es una de sus ideas centrales, lo vinculan en alguna medida con las ideas más importantes del pensamiento anarquista o libertario. Entre ambos planteamientos existen grandes diferencias, pero tal como lo expongo al desarrollar la investigación, existen algunas ideas y preocupaciones que tienen una base común. Estoy de acuerdo con las afirmaciones de CARLOS DIAZ (1) en el sentido de que quienes ven en el anarquismo un neorrousseaunianismo, demuestran desconocer ambos sistemas, pero tampoco considero que exista una total desvinculación entre las ideas de Rousseau y el pensamiento libertario. Tampoco debe olvidarse que BAKUNIN fue un enemigo frontal de Rousseau, pero ese enfrentamiento no es una prueba definitiva sobre la total desvinculación entre las ideas del pensador ginebrino y las ideas anarquistas (2).

Las ideas que se expresan en el CONTRATO SOCIAL, así como en el DISCURSO SOBRE EL ORIGEN DE LA DESIGUALDAD DE LOS HOMBRES, referentes al DERECHO, son muy interesantes, ya que se vinculan con el problema del PODER y su origen, buscando siempre evitar la arbitrariedad y el irrespeto a la LIBERTAD y la IGUALDAD. Dentro de ese orden de ideas, es relevante la distinción que hace Rousseau entre GOBIERNO Y SOBERANO, ya que se separa de los conceptos de Hobbes y Locke. Sobre este punto haremos algunas consideraciones.

Rousseau, al igual que el pensamiento anarquista, se preocupó por establecer una serie de condiciones que impidieran la concentración del PODER, sus excesos y los privilegios que origina.

---

(1) **DIAZ, Carlos. "El anarquismo como fenómeno político moral". Ed. Zero. Bilbao. España, 1978, p. 83-84-85.**

(2) ***". . .Ahora bien: así como se debe luchar contra el Estado, no es lícito ir indiscriminadamente contra el ser social y el hombre, sino tan sólo contra las insolidarias formas de solidaridad. Por eso Bakunin es un enemigo frontal de Rousseau. En efecto, no es posible, contra el ginebrino, que el salvaje sea libre, porque la libertad es solidaria y no solitaria. . .".*** **Sin embargo, no debe olvidarse, que cuando Rousseau habla de libertad, también considera que a través de la convención social se logra la libertad, insinuando que se trata de una condición cualitativamente distinta que la libertad del salvaje. La cita textual ha sido tomada de: DIAZ, Carlos. "Las Teorías Anarquistas". Ed. Zero. Bilbao. España, 1978, p. 89.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Considero importante hacer mención de los planteamientos libertarios, en especial en lo referente a temas relativos a la LIBERTAD Y EL PODER, porque nuestra época está buscando de vez en cuando con cierto vigor el mensaje anarquista, a través del cual intenta captar energías para denunciar los males de la burocracia y la existencia del LEVIATHAN, que pretende esclavizar al hombre en mil formas nuevas o convertirle en simple pieza de un vasto mecanismo. Interesa el mensaje anarquista, sin sus ingenuidades y utopías (3).

1. NOTA BIOGRAFICA.

Jean Jacques Rousseau nació en Ginebra el 28 de junio de 1712. Su madre falleció pocos días después de su nacimiento. *". . .permaneció durante cierto tiempo bajo la custodia de un padre inestable, un artesano relojero que, si bien no le dio una educación sistemática, le enseñó a leer por medio de las novelas sentimentales del siglo XVII y de Las Vidas de Plutarco, obras que representan los dos ideales —el romántico y el heroico— que ocuparían un lugar primordial a lo largo de su vida. . ."* (4).

Durante su vida trabajó en oficios muy diversos y su vida privada no puede ser calificada como ordenada y apacible (5). Entre sus obras más importantes pueden citarse: El Contrato Social, Discurso sobre el Origen de la Desigualdad entre los hombres (que fue escrita doce años antes que el Contrato Social), (6) EMILIO, Las confesiones.

Falleció el 2 de julio de 1778, en la propiedad del marqués de Girardin en Ermenonville, a donde se había trasladado desde el mes de mayo, procedente de París.

2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE SU PENSAMIENTO.

Rousseau pertenece a ese extraño linaje de pensadores que, sin dejar de identificarse con los problemas e inquietudes de su tiempo, han vivido en pugna con él, o, por lo menos, en espiritual soledad en medio de las corrientes ideológicas dominantes. De cierta forma puede verse en su obra la excentricidad, la paradoja, y en última instancia la rebeldía y la soledad (7).

Sus planteamientos, además de ser muy diversos, sugieren tesis que en cierta medida mantienen su vigencia en la sociedad contemporánea. Tales tesis se refieren especialmente a los problemas del PODER, la LIBERTAD y la visión crítica sobre la REPRESENTACION POLITICA (8). Tal como lo afirma Charles Vereker, el pensamiento de Rousseau es complejo y profundo, por eso no es fácil interpretarlo. Si se realiza un estudio superficial de su obra, fácilmente se pueden señalar contradicciones que poco a poco irán desapareciendo, en la medida que tal estudio deje de ser superficial (9).

La gran preocupación y el interés principal de Rousseau al desarrollar su pensamiento se refiere a la caracterización de la LIBERTAD, analizando las causas de su pérdida y sugiriendo las condiciones que posibilitan la existencia realmente libre. La preocupación que he aludido, lo vincula en cierta medida con el pensamiento anarquista (que otros llaman libertario), ya que tal como afirma Max Nettlau: *". . .Una historia de la idea anarquista es inseparable de la historia de todos los desarrollos progresivos y de las aspiraciones hacia la libertad, ambiente propicio en que nació esta comprensión de vida libre propia de los anarquistas y garantiza-*

---

(3) USCATESCU, Jorge. "La Anarquía y las Fuentes del Poder". Ed. Reus. España, 1973, p. 54.

(4) GRIMSLEY, Ronald. "La filosofía de Rousseau", Alianza Editorial, (título en inglés —The Philosophy of Rousseau—). Madrid, España, 1977, p. 7.

(5) Sobre este aspecto es muy ilustrativa su obra titulada "LAS CONFESIONES".

(6) El Discurso lo escribió en fecha anterior al Contrato Social. Este es un dato importante para el análisis de las dos obras.

(7) Comentarios de ANTONIO RODRIGUEZ HUESCAR, Catedrático de Filosofía de la Universidad de Puerto Rico; ver introducción de la obra "EL CONTRATO SOCIAL", Ed. Aguilar-España, p. IX.

(8) *"La solución de la desarmonía social en la sociedad humana por medio de una recreación revolucionaria de la autoridad política, en la cual todos sean soberanos y súbditos al mismo tiempo, constituyó la contribución de Rousseau a la especulación política"*. VEREKER, Ch. "El desarrollo de la Teoría Política". Ed. Eudeba. Argentina, 1972, p. 285.

(9) Ibid., p. 286-287.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ble sólo por una ruptura completa de los lazos autoritarios, siempre que al mismo tiempo los sentimientos sociales (solidaridad, reciprocidad, generosidad, etc.) estén bien desarrollados y tengan expansión libre. . ." (10). Esa preocupación central y esencial por la libertad, es la que explica la razón por la que Nettlau ubica el pensamiento rousseauniano como antecedente del desarrollo de las ideas anarquistas (11).

A pesar de que muchas veces se afirma que el pensamiento de Rousseau es utópico, idealista, etc., considero que tales conceptos se originan en ciertos estereotipos equivocados que se tiene sobre su pensamiento. *"Rousseau no intenta esbozar un gobierno ideal, un modelo único que pueda ser imitado por todos los demás; no desea construir un sistema que, como él mismo dice, sería relegado simplemente al terreno de las ensoñaciones. . ."* (12). La afirmación que se hace en la nota transcrita, se respalda en las primeras frases con que se inicia el CONTRATO SOCIAL, y que precisamente viene a afirmar que no pretende ser utópico, sino que toma a los hombres tal como son y las leyes tal como pueden ser (13). Considera que el ciudadano tratará siempre de seguir el principio de auto preservación. Es inútil exhortarlos a conseguir el bien común, si en primer lugar no se les garantiza su propia seguridad y bienestar material (14). Estos aspectos citados son la base de su peculiar realismo político.

Otro tema por el que tuvo gran preocupación fue por el PODER, especialmente en aquellos aspectos que comprometieran seriamente la LIBERTAD. En este aspecto tiene ciertos puntos de coincidencia con el ANARQUISMO, al igual que sucede con el tema de la LIBERTAD. Tanto en Rousseau como en el pensamiento libertario, encontramos dos puntos de convergencia: a) Desconfianza permanente hacia todo lo que pueda significar concentración del poder y su delegación; b) Organizar de tal forma la sociedad que impida la participación reducida de los ciudadanos (15).

Por la forma en que trató de explicar el estado de naturaleza, el desarrollo histórico de la sociedad y el criterio con que analizó las costumbres de otros pueblos, se le considera, según Claude Lévi-Strauss, padre de la etnología moderna (16).

El pesimismo histórico que refleja el pensamiento de Rousseau (en especial en el Discurso sobre la desigualdad. . .), se compensa por un optimismo antropológico, en el que el mal no reside en el hombre, sino en la estructura social, en su organización. No alienta ningún imperativo de reforma y de acción política (17).

A manera de resumen, se puede decir que Rousseau ataca el credo común de los defensores del DERECHO NATURAL, no acepta la continuidad entre el "estado natural" y el "estado civil", y considera que lo que articula las sociedades humanas es la división del trabajo, que es precisamente la que genera la desigualdad y la decadencia de la sociedad. La desigualdad y la lucha del hombre contra sus semejantes, no es típico del "estado de naturaleza", sino que es precisamente la realidad cotidiana de la sociedad que Rousseau ve ante sus ojos.

3. PODER Y DERECHO.

En esta investigación lo que mayor interés tiene es poder determinar las relaciones entre PODER Y DERECHO, tomando como fundamento los conceptos de J. J. Rousseau.

Considero que el PODER Y EL DERECHO están íntimamente vinculados, aunque en muchas ocasiones el problema del PODER no es evocado como problema central del DERECHO. El problema del poder no será evocado en forma esencial sino hasta que Hobbes plantea sus ideas políticas

---

(10) NETTLAU, Max. "La anarquía a través de los tiempos". Ed. Júcar. España, 1978, p. 13.

(11) Ibid., p. 21.

(12) GRIMSLEY, R. Supra nota 4, p. 123.

(13) ROUSSEAU, J. J., El Contrato Social. Ed. Aguilar. España, 1978, p. 5.

(14) GRIMSLEY, R. Supra nota 4, p. 124.

(15) *"La autoridad sería tan desmenuzada, tan pulverizada, que no existiría más como poder coercitivo; estando en cada uno y en todas partes impediría cualquier tentativa de centralización. Preparar de este modo la posibilidad del desarrollo de las iniciativas locales, especiales, por lugares o por funciones, significa dar a la revolución el modo de caminar libremente sin los torniquetes deformadores y homicidas de la dictadura. . ."*. Tomado del libro del anarquista LUIGI FABBRI "Comunismo Libertario o Capitalismo de Estado". Campo Abierto Ediciones S.A. España, 1977, p. 51.

(16) Historia de la Filosofía. "Racionalismo, Empirismo e Ilustración". Ed. Siglo XXI. España, 1978, p. 321.

(17) Ibid., p. 322.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

(18). Luego el racionalismo ius-naturalista se aproximará mejor a la solución del problema de las relaciones PODER = DERECHO, por medio de la doctrina del PACTO SOCIAL. El **Pacto Social** pone de manifiesto la importancia del poder *". . .puesto que el DERECHO NATURAL —los derechos naturales no son suficientes— y se necesita su positivación a través de la vida social y del Estado que tiene como misión precisamente derivada del pacto, poner el poder al servicio de los derechos naturales. Aquí, con este planteamiento, está en resumen el enfoque correcto de las relaciones DERECHO Y PODER. . ."* (19). Aunque los conceptos de pacto social y derecho natural tienen sus peculiaridades en Rousseau, es indudable que su planteamiento viene a fundamentar la validez del DERECHO sobre la existencia de un pacto social, en el que han participado todos los ciudadanos en un plano de absoluta igualdad.

". . .En el marco histórico del mundo moderno el Ordenamiento jurídico está apoyado en el PODER. El fundamento último de la validez de un sistema jurídico está en el PODER. En la sociedad moderna el DERECHO funda su validez en la posibilidad que tiene el poder de imponerse en última instancia por medio de la fuerza" (20). Por supuesto que el hecho de comprobar que el PODER es el fundamento de la validez del DERECHO, junto con el reconocimiento de los destinatarios como presupuesto de eficacia del ordenamiento, no supone el renunciar a una teoría de la JUSTICIA (21).

Los conceptos que he expuesto deben tomarse en cuenta al analizar los planteamientos que Rousseau hace sobre el Derecho y el PODER.

a) Origen del PODER.

En el DISCURSO SOBRE LA DESIGUALDAD DE LOS HOMBRES es donde se expone con realismo y claridad las ideas sobre el origen y naturaleza del poder en la sociedad.

En la explicación racional que trata de dar Rousseau sobre el origen de la desigualdad, del Poder y del PACTO SOCIAL, en especial en su segundo DISCURSO, evidencia un acento prehegeliano y premarxista, ya que va relacionando la tecnogénesis, la sociogénesis y la psicogénesis de la humanidad (22). La codicia, la propiedad y la vanidad, son los factores que van caracterizando y condicionando el PACTO SOCIAL y la DESIGUALDAD. El siguiente párrafo ilustra claramente la idea que acabamos de expresar:

> *". . .Pero desde el momento en que un hombre hubo menester la ayuda de otro, no bien se dieron cuenta de que era provechoso que uno solo tuviera provisiones para dos, la igualdad desapareció, se introdujo la propiedad, hízose necesario el trabajo y los imnensos bosques se transformaron en rientes campiñas que hubo que regar con el sudor de los hombres y en las que pronto se vio a la esclavitud y la miseria germinar y crecer con las mieses. . ."* (23).

Las diferenciaciones que se van originando no son propias del estado de naturaleza sino que son característica del proceso de "civilización", a través del que se va creando el antagonismo y la lucha. En el estado de naturaleza original, no existía lucha, ni tampoco era necesario el PODER. Conforme va surgiendo la propiedad, la acumulación, se va dejando atrás el estado de naturaleza original y la lucha se hace cada vez más dura y cruel. *". . .La agricultura, la metalurgia darán lugar a la propiedad raíz, el comercio, los intercambios monetarios. La tierra se cubrirá de ricos y de pobres, de amos y de esclavos. De ahí los choques violentos y el estado de guerra. Esta lucha de todos contra todos, que para Hobbes era característica del estado de naturaleza, constituye para Rousseau el fin de un 'segundo estado de la naturaleza'. Desde este momento, la supervivencia de los hombres no es posible sino a costa de un contrato; pero el contrato lleva aquí consigo la sujeción: asegura y acrecienta los poderes de los ricos, consagra la desigualdad, funda una sociedad de injusticia. Este contrato embaucador, lejos de abolir el derecho del más*

---

(18) PECES-BARBA, G. "Libertad-Poder-Socialismo". Ed. Civitas. España, 1978, p. 224.

(19) Ibid., p. 224-225.

(20) Ibid., p. 231.

(21) Ibid., p. 234.

(22) Supra nota 16, p. 320.

(23) ROUSSEAU, J. J., "Escritos de Combate", compendio de su obra más importante. E. Alfaguara S.A. Madrid, 1979, p. 187 (en lo que se refiere al DISCURSO SOBRE EL ORIGEN Y LOS FUNDAMENTOS DE LA DESIGUALDAD ENTRE LOS HOMBRES).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

fuerte, le da fuerza de ley, le disfraza de institución. . ." (24). Desde una perspectiva realista y pesimista, Rousseau considera que el contrato no pone fin al estado de naturaleza, en su conceptualización clásica, sino que trata de legitimar la desigualdad y la injusticia que se ha logrado a través del "progreso", estando muy lejos el estado de naturaleza real, en el que no existía la necesidad de fundamentar el poder o de asegurar derechos. La explicación sobre el origen del PACTO SOCIAL, se revela en el siguiente párrafo:

> *". . ., el rico, apremiado por la necesidad, concibió finalmente el proyecto más meditado que jamás haya cabido en mente humana: El de emplear en su favor las fuerzas mismas de los que le atacaban, trocar en sus defensores a sus adversarios, inspirarles otras máximas y darles otras instituciones que le fuesen tan favorables como el derecho natural le era contrario. A este propósito, después de haber expuesto a sus vecinos el horror de una situación que los armaba a todos unos contra otros, que les hacía sus posesiones tan onerosas como sus necesidades y en la que nadie encontraba su seguridad ni en la pobreza ni en la riqueza, fácilmente inventó razones especiosas que los ganaran para su designio. —Unámonos —les dijo— a fin de proteger de la opresión a los débiles, poner freno a los ambiciosos y asegurar a cada uno la posesión de lo que le pertenece. Instituyamos normas de justicia y de paz a cuyo acatamiento se obliguen todos, sin exención de nadie, y que reparen de algún modo los caprichos de la fortuna sometiendo por igual al poderoso y al débil a unos deberes mutuos. En una palabra, en vez de volver nuestras fuerzas contra nosotros mismos reunámoslas en un poder supremo que nos gobierne con arreglo a unas leyes prudentes, que proteja y defienda a todos los miembros de la asociación, rechace a los enemigos comunes y nos mantenga en una concordia perdurable—. Bastaba con mucho menos del equivalente de ese discurso para arrastrar a unos hombres incultos, fáciles de seducir, que además tenían demasiados asuntos que solventar entre sí para poder prescindir de árbitros, y demasiada avaricia y ambición para poder privarse durante mucho tiempo de amos. Todos corrieron hacia sus prisiones creyendo asegurar su libertad, pues con razón bastante para intuir las ventajas de una institución política, no tenían experiencia suficiente para prever sus peligros. . .*" (25).

Para Rousseau, en un plano de análisis realista, el CONTRATO SOCIAL vigente lo que hizo fue confirmar y legitimar la desigualdad que ya existía, pero que no era producto del estado natural. El PODER REAL de los más capaces, aprovechando la ignorancia de los más débiles (que luego se llamará alienación y falsa conciencia de clase en la terminología marxista), hará posible un PACTO SOCIAL que legitimará y dará validez a la desigualdad existente. El poder de los más ricos, de los poderosos, será el que le imprima el carácter al DERECHO, que nunca podrá ser considerado como reflejo de un DERECHO NATURAL INTEMPORAL, tal como lo establece el ius-naturalismo clásico. El régimen de desigualdad, de injusticia, fue el que se mantuvo en el origen de la sociedad y de las leyes *". . .que pusieron nuevas trabas al débil y dieron nuevas fuerzas al rico, destruyendo para siempre la libertad natural, establecieron definitivamente la ley de la propiedad y de la desigualdad, hicieron un derecho irrevocable de una hábil usurpación, y en provecho de unos cuantos ambiciosos sometieron a todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria. . .*" (26). *". . .En realidad, para Rousseau, la anarquía del hombre natural de Hobbes, de la que es rescatado por el gobierno soberano, correspondía a las sociedades históricas en que vivía. . .*" (27).

Para Rousseau el origen de la sociedad política no se fundamenta en la unión de los débiles, sino que se establece para mantener y darle estabilidad a una desigualdad previa, cuya expresión mejor es la diferenciación entre pobres y ricos.

b) EL DEBER-SER DEL PODER.

En contraste con el punto de vista pesimista y radical que se ha expuesto, Rousseau construye una serie de argumentos que vienen a señalarle un DEBER-SER al poder. Eso que debiera ser la sociedad política es precisamente lo que constituye su

---

(24) Supra nota 16, p. 321.

(25) Supra nota 23, p. 193-194.

(26) Ibid., p. 194.

(27) Supra nota 8, p. 290.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CONTRATO SOCIAL. El planteamiento ideológico sobre la organización del poder es fundamentalmente democrático. Tal concepto parte de dos ideas muy importantes dentro del pensamiento rousseauniano, la importancia que da a la libertad (28) y el presupuesto de la igualdad jurídica que protege el ejercicio de la libertad.

La idea importante sobre la libertad se expresa en el siguiente párrafo del CONTRATO SOCIAL:

> *". . .El hombre nació libre, y en todas partes se le encuentra encadenado. Hay quien se cree el amo de los demás, cuando en verdad no deja de ser tan esclavo como ellos. . ."* (29).

Las relaciones de poder deben propiciar la libertad, ese es el objetivo que debe tener el cuerpo político. En el párrafo que he transcrito se refleja un concepto muy interesante con respecto a las relaciones asimétricas de poder, y es que tan alienado está el oprimido como el opresor. (Sobre este punto ha insistido mucho la teología de la liberación). No debe olvidarse que para Rousseau, el poder no se fundamenta en argumentos metafísicos, sino que se derivan de pactos más o menos justos. Tal idea la expresa cuando afirma que la fuerza no engendra derecho, siendo las convenciones la base de toda autoridad legítima entre los hombres (30).

Para que el PACTO SOCIAL haga posible un régimen justo, que propicie la libertad, es necesario que todos participen en el acuerdo desde un plano de absoluta igualdad. El énfasis que pone Rousseau en la LIBERTAD, por lo menos en el plano individual (31), lo hace coincidir con la preocupación constante de los pensadores anarquistas. Cuando Bakunin critica al comunismo "autoritario", plantea la defensa de la libertad con las siguientes expresiones: *". . .Detesto el comunismo porque es la negación de la libertad y me es imposible concebir lo humano sin libertad. No soy comunista porque el comunismo concentra y absorbe en el Estado toda la potencia de la sociedad, porque desemboca necesariamente en la centralización de la propiedad, poniéndola por entero en manos del Estado, en tanto que yo deseo la abolición de esta institución, la extirpación radical de este principio de autoridad y de la tutela del Estado, que, so pretexto de moralizar y civilizar a los hombres, hasta hoy sólo les ha sojuzgado, oprimido, explotado y depravado. . ."* (32). La cita transcrita, con las diferencias lógicas, guarda esa preocupación permanente por la LIBERTAD que también caracterizó al pensamiento de Rousseau.

c) EL PACTO SOCIAL (como debería ser).

Para que el **pacto social,** pueda ser realmente justo y respetar la libertad, Rousseau expone esta fórmula: *". . .Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y en virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca empero más que sí mismo y quede tan libre como antes. . .".* Lo difícil es poder equilibrar esa tensión permanente entre PODER Y LIBERTAD. Sobre ese PACTO ROUSSEAU establece una condición muy importante, ya que *". . .violado de algún modo el pacto social, cada cual vuelve entonces a sus primitivos derechos y recobra la libertad natural, perdiendo la libertad convencional por la que había renunciado a la primera. . ."* (33). La condición citada aclara los puntos siguientes: a) No puede afirmarse que en el pensamiento de Rousseau se encuentra la matriz de las más implacables dictaduras. Precisamente por ser revocable y precario el PACTO, en el que se origina la validez del régimen jurídico, es que no podría justificarse un régimen dictatorial sobre tal presupuesto" (34).

---

(28) *"En Rousseau encontramos, en cambio, una ideología democrático-voluntarista. En varios pasajes de su famoso libro, la libertad resulta defendida por sí misma, por el valor intrínseco que posee. Es decir que el hombre no debe ser libre por lo que "consiga" a través de la libertad, sino porque sólo se es verdaderamente hombre cuando se es libre, y la libertad es un bien aún en el caso que hagamos mal uso de ella. . .".* **El supremo bien en el orden político es la libertad. Tomado de la obra de: GARCIA SAN MIGUEL, Luis. "La Sociedad Autogestionada — Una Utopía Democrática". Fac. de Derecho. Univ. Complutense. Madrid 1980. p. 61.**

(29) Supra nota 23, p. 401 (Contrato Social).

(30) Ibid., 405.

(31) Es indudable que Rousseau tiende a tener un concepto individualista de la libertad, en cambio el anarquismo toma muy en cuenta el sentido comunitario de tal condición. Bakunin afirma que ser libre en el aislamiento es un absurdo inventado por los teólogos y los metafísicos. Citado por CARLOS DIAZ de la obra de Bakunin-La liberté. DIAZ, Carlos. "El anarquismo como fenómeno político moral". Ed. Zero S.A. España, 1978, p. 81.

(32) Citado en la obra de GUERIN, Daniel. "El anarquismo", Campo Abierto Ediciones. España, 1978, p. 20.

(33) Supra nota 23, p. 440-411.

(34) Ibid., p. XXII (en la introducción).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

b) El PACTO SOCIAL como fundamento del poder y de la validez del DERECHO, debe propiciar la libertad. Este objetivo le da un contenido valorativo al PODER y a la finalidad del régimen que se funda sobre la convención.

En la convención social se establece la soberanía, pero ésta sólo puede ejercerse colectivamente mediante la voluntad general. Los actos soberanos deben ser el resultado de la voluntad general. El concepto de voluntad general es un poco abstracto, ya que se trata de algo más que el simple criterio de la mayoría. *"...la voluntad general es siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública; pero no que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud. Se quiere siempre el bien propio, pero no siempre se sabe donde está ese bien. ...Suele haber harta diferencia entre voluntad de todos y voluntad general; esta no tiene en cuenta más que el interés común, la otra contempla el interés privado, y no es más que una suma de voluntades particulares..."* (35). Dentro de la voluntad general existe un DEBER-SER, un criterio que es el que lo define como VOLUNTAD GENERAL.

La voluntad general viene a reflejar nuevamente un criterio valorativo sobre la forma en que debe ejercerse el poder. No siempre la voluntad del soberano expresará la voluntad general. La decisión de la mayoría podría no reflejar la auténtica voluntad general. Se puede apreciar la existencia de un "deber-ser", de un criterio de corrección o incorrección que hará aceptable o inaceptable la decisión adoptada por el órgano soberano.

La existencia del PACTO, en el que no hay superioridad de parte de ninguno de los que intervienen, asegura, o por lo menos trata de garantizar, la libertad y se llega a legitimar la ruptura del pacto. Esa posibilidad de romper el pacto lo plantea Rousseau, pero da la sensación de que es excepcional. Los anarquistas darán un sentido más dinámico a esa probabilidad. Sobre la fórmula contractual que utilizan los anarquistas, Carlos Díaz afirma que: *"...Con excepción de Bakunin, los anarquistas apelan a un contrato o pacto social que el individuo firma al socializarse; pero no con un contrato forzado y sin condiciones, sino voluntario. Frente al Estado-tiranía, el contrato sin-Estado..."* (36), la cita refleja el énfasis y desconfianza que tiene el anarquismo por la existencia de un ESTADO centralizador, representativo y monopolizador del PODER, pero es indudable que se encuentra dentro del ambiente teórico de Rousseau. Sin embargo, el anarquismo claramente define la siguiente diferencia: *"...La vida social debe descansar sobre relaciones jurídicas voluntarias, esto es, sobre un contrato libremente convenido entre los interesados, y cuyas cláusulas, provechosas para todos los contratantes, sean cumplidas también con toda libertad. Tal doctrina hace pensar inmediatamente en el CONTRATO SOCIAL de Rousseau. No obstante el contrato anarquista difiere de él profundamente... En forma pertinente señala Proudhon que el contrato de Rousseau es social solamente de nombre. A decir verdad, se trata de una ficción de legistas destinada a legitimar a posteriori el estado social actual con todas sus imperfecciones. El anarquismo no se apoya sobre un contrato único, que fatalmente viola la complejidad y la heterogeneidad de la vida social, sino sobre un conjunto ilimitado de acuerdos contractuales que corresponden, en la medida de lo posible, a las múltiples necesidades del individuo. Por último, el alcance del contrato anarquista se halla estrictamente limitado. Mientras que Rousseau, en virtud del contrato social, exige el abandono total de la libertad de cada ciudadano, la alienación total de cada ciudadano con todos sus derechos a toda la comunidad, Proudhon precisa que al convenir un contrato, cada contratante debe recibir por lo menos tanto como entrega, y que además de las obligaciones rigurosamente delimitadas que derivan de las cláusulas del contrato, sigue gozando de su plena libertad y soberanía. En resumen, el contrato anarquista tiene objetivos limitados: procura al individuo más libertad de la que le quita, a la par que le aporta ciertas garantías..."* (37). Las diferenciaciones que se han aludido son dignas de tener en cuenta, pero demuestran que el recurso teórico que significa la idea contractual es un instrumento muy útil para asegurar la libertad e impedir los excesos del PODER. El pensamiento anarquista lleva a sus últimas consecuencias la idea del PACTO, imprimiéndole mayor dinamismo y participación.

El límite del PODER que establece Rousseau,

---

(35) Ibid., p. 424. (Contrato Social).

(36) Supra nota 31, p. 82-83.

(37) Ibid., p. 83-84.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

respecto a esa autoridad soberana que expresa la voluntad general, es que el poder soberano, por muy absoluto, sagrado e inviolable que sea, no puede traspasar los límites de las convenciones generales, y por otra parte, todo hombre puede disponer libremente en todas aquellas esferas que no hayan sido objeto del pacto fundamental (38). Aquí se encuentran definidos los clásicos límites del PODER de los ESTADOS DEMOCRATICOS OCCIDENTALES, por una parte, respeto a la constitución, y por la otra, la existencia de una esfera de acción eminentemente privada.

d) DESCONFIANZA RESPECTO AL EJERCICIO DEL PODER.

Rousseau siempre expresa gran desconfianza y temor por el ejercicio del poder y las deformaciones y abusos a que puede llevar. Desde un punto de vista psicológico manifiesta la convicción de que los seres humanos tienen la tendencia a establecer unos con otros relaciones de dominación y sumisión. El ego seguro de sí extiende su campo de efectividad pero el débil y timorato se somete (39). Precisamente cuando el PODER se concentra, el GOBIERNO degenera, y esa es una tendencia natural. El Gobierno tiende a concentrarse y a usurpar el PODER SOBERANO (que siempre debe ser ejercido por todo el pueblo) (40). Esa tendencia hace necesario que el GOBIERNO sea rotativo, que no sea hereditario y que la facultad de legislar nunca pueda estar en manos de un grupo o de una persona, sino en manos de todo el pueblo.

Esa desconfianza y alergia por el PODER, la expresarán también los pensadores anarquistas. Bakunin lo dirá muy claramente cuando afirma: *". . .Nada es tan peligroso para la moral privada del hombre que el hábito de mando. El mejor de los hombres, el más inteligente, el más desinteresado, el más generoso, el más puro, se echará a perder infaliblemente y para siempre en ese oficio. Dos sentimientos inherentes al poder producen siempre esta desmoralización: el desprecio a las masas populares y la exageración de su propio mérito, del mérito de uno. . ."* (41).

Tanto en Rousseau como en el pesamiento anarquista, existe la idea de que la ignorancia del pueblo, hace posible la constitución de poderes opresivos. Entre el ejercicio democrático del poder y su constitución tiránica, existe un puente importante que está constituido por la mayor o menor instrucción de los gobernados. Cuando Rousseau habla del PACTO INJUSTO en la segunda parte del DISCURSO SOBRE EL ORIGEN DE LA DESIGUALDAD, se refiere al hecho de que los pobres aceptan el pacto injusto y opresivo porque su ignorancia y alienación les impide conocer el verdadero sentido del acuerdo. El poder opresivo, tiránico y centralizado encuentra su mejor expresión en medio de la ignorancia de los oprimidos. En ese mismo sentido Proudhon dirá que *". . .los hombres que tienen más necesidad de libertad en razón de una destreza son los mismos que en razón de su ignorancia y de su laxitud, aspiran a formas sumarias de autoridad. Es el pueblo quien, envilecido, reclama el tirano. . ."* (42).

4. LA REPRESENTACION POLITICA. (LA DELEGACION DEL PODER).

Una de las ideas más importantes de Rousseau y que mantiene una dramática vigencia, es la que se refiere a la procedencia o inconveniencia de la representación política, que en última instancia lleva a una delegación en el ejercicio del PODER. Este punto es relevante, porque la delegación del Poder puede originar un régimen opresivo, con apariencia legítima y con un derecho aparentemente justo, pero que no sería más que la expresión del poder real de una clase, grupo o élite burocrática.

En el Capítulo XV del LIBRO III del Contrato Social, sobre la delegación de la soberanía (o ejercicio del poder esencialmente político) dice lo siguiente: *". . .La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa: O es ella misma, o*

---

(38) Supra nota 23, p. 428 (relativo al Contrato Social).

(39) SAMPSON, R.V., "Igualdad y Poder". Fondo de Cultura Económica. México, 1975, p. 157.

(40) Supra nota 23, p. 476-477 (Cap. X del Libro III del Contrato Social).

(41) Citado en la obra de Philippe Oyhamburu La Revancha de Bakunin (del anarquismo a la Autogestión) Campo Abierto Ediciones, España, 1977, p. 22. En la misma página de la obra se cita a Soljenistyn, quien afirma: ¡Oh!, qué difícil es perder el gusto por el poder, y cuenta cómo él, oficial soviético, estando detenido y camino a la prisión, no podía admitir el llevar su maleta, de otra parte muy pesada. (Tomado del Archipiélago de Gulag).

(42) Ibid., citando a Proudhon, p. 23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

es otra; en esto no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes; son tan sólo sus delegados; no pueden concluir nada definitivamente. Toda ley que no haya sido ratificada por el pueblo en persona es nula, no es una ley. El pueblo inglés cree que es libre, pero se engaña sobremanera; sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; una vez elegidos, es esclavo, no es nada. . ." (43). Las ideas que se expresan en el párrafo citado cuestionan uno de los aspectos más polémicos de la DEMOCRACIA REPRESENTATIVA occidental. Al pensador ginebrino no le interesa si el régimen jurídico realiza los valores trascendentes del DERECHO NATURAL (en su concepción clásica), sino que considera, a mi juicio acertadamente, que la primera pregunta es sobre la esencia del ejercicio del poder y por ende de la forma en que se participa en el ejercicio del poder político.

Tomando la idea de Rousseau, Roger Garaudy expone la misma inquietud en términos actuales: *". . .La consecuencia fundamental más nefasta de este sistema de 'delegación global' es la alienación política del ciudadano en su candidato o su partido. Jean Jacques Rousseau hacía notar ya en su Contrato Social. . . El parlamento, pues, es una estructura caduca por muchas razones. Primero: implica una delegación de poder que ya Rousseau definía como 'alienación' (Contrato Social). Segundo: implica una representación global del individuo. Tercero: fundado en un escrutinio de base territorial y derivado de la misma economía de mercado, no libera al hombre sino bajo la forma abstracta y estadística del elector. Cuarto: sus decisiones son frecuentemente el resultado de la relación de fuerzas entre los diferentes grupos de presión. . ."* (44).

Aunque no puede rechazarse en forma indiscriminada el mecanismo de representatividad y de delegación del poder, es necesario examinar tal formulación, tratando de encontrar la fórmula que permita el ejercicio óptimo de la libertad y la realización de la justicia individual y comunitaria. La "TECNOCRACIA" se ha hecho cada vez más poderosa, tanto en el Este como en el Oeste, precisamente a través de los mecanismos de la representatividad. A través de una apariencia democrática, se esconde la dictadura tecnocrática, contra las que *". . .existen muy pocas defensas, porque el hombre de la sociedad industrial las acepta beatamente. Este nuevo tipo humano es lo que Marcuse llama el hombre unidimensional, expresión bastante pedante, que viene a significar lo siguiente: el hombre de la sociedad industrial no concibe, ni por consiguiente intenta, el cambio hacia otra sociedad estructuralmente ('cualitativamente', dice Marcuse) distinta. . . un hombre que se preocupa por resolver sus problemas personales (ganar dinero para comprarse cosas) y se cierra por completo a los problemas generales, sobre todo a los políticos. Considera que la política no va con él, que otros tienen que ocuparse de ella. El, 'a lo suyo'. Se trata de un conformista. Una 'menopausia del espíritu', dicen los situacionistas. . ."* (45). En términos parecidos, en cuanto a las causas que originan la delegación del poder y el desinterés por las cosas públicas, se expresa Rousseau cuando dice que: *". . .En cuanto el servicio público deja de ser la principal ocupación de los ciudadanos y prefieren servir con su bolsa antes que con su persona, el Estado se encuentra ya próximo a su ruina. ¿Que es menester ir al combate? Pagan tropas y se quedan en casa. ¿Que es preciso acudir al consejo? Pues nombran diputados y se quedan en casa también. A fuerza de pereza y de dinero tienen al fin soldados para sojuzgar a la patria y representantes para venderla. El afán del comercio y las artes, la avidez del lucro, la molicie y el amor a las comodidades es lo que hace trocar los servicios personales por dinero. . ."* (46). Resulta clara, en términos generales, la coincidencia entre los párrafos citados, aunque existan siglos de diferencia entre sus autores. La avaricia, el afán por las riquezas y la propiedad resulta para Rousseau generador de situaciones de opresión, propiciándose el PACTO INJUSTO, la legitimación del derecho del más fuerte y la negación de la LIBERTAD. Es evidente que la lucha por la libertad requiere sacrificio diario, manteniéndose el mayor número posible de ciudadanos como partícipes en todos los niveles de decisión; si se produce la apa-

---

(43) Supra nota 23, p. 484.

(44) GARAUDY, Roger. "Una nueva Civilización — El proyecto Esperanza". Editorial Cuadernos para el Diálogo. España, 1977, p. 101.

(45) Supra nota 28, p. 72-73.

(46) Capítulo XV del Libro III, del Contrato Social. Supra nota 23, p. 483.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tía y la delegación de poder, la realización de un derecho auténticamente justo y democrático resulta casi imposible.

Como expresión actual de la delegación de la soberanía y de la concentración del poder, se puede citar la "burocracia", cuya expresión social es diferente en el capitalismo y el socialismo, pero que en última instancia en ambos sistemas busca la dominación. En el sistema socialista en el que prevalece la idea de la DICTADURA DEL PROLETARIADO, *"...La burocracia constituye una clase separada que ejerce el poder sobre la población subyacente gracias al control del aparato económico, político y militar, y el ejercicio de ese control produce una serie de intereses particulares que se afirman gracias a él; ..."* (47). Con este tipo de dominación, el contenido formal del DERECHO, las intenciones de las normas fundamentales, quedan como simples enunciados, ya que para que se pueda realizar un derecho auténticamente democrático, es requisito indispensable que el ejercicio del PODER también sea, en su realidad cotidiana, de carácter democrático.

"...Los tecnócratas acumulan poder de decisión, información y conocimiento. Ellos crean nuevas formas de privilegios y desigualdades. Emulan la producción y el consumo, pero entre ellos y la enorme masa de productores y consumidores, se crean cada vez mayores diferencias de poder y de decisión... Son los que Rocher llama en otro lugar, las 'élites tecnocráticas' y que se según Max Weber detentan una autoridad racional-legal..." (48). Resulta claro que el rol y característica de la burocracia en el sistema capitalista y el socialista (en especial donde se establece como dogma la DICTADURA DEL PROLETARIADO) son diferentes (49), pero ambas expresan la negación de lo que es el ejercicio del poder auténticamente democrático.

El anarquismo tampoco acepta la delegación del poder soberano, ni la existencia de representantes (50), tal como se entiende tradicionalmente en la democracia parlamentaria. También expresó gran inquietud por el crecimiento del ESTADO y la concentración del PODER, lo cual constituye uno de los problemas políticos más importantes de la sociedad contemporánea. Sobre el punto aludido, Proudhon manifestó que: *"...El funcionarismo (...) conduce al comunismo estatal, a la absorción de toda la vida local e individual dentro de la maquinaria administrativa, a la destrucción de todo pensamiento libre. Todos desean abrigarse bajo el ala del poder, vivir por encima del común de las gentes (...). Como la centralización se hace cada vez más fuerte, (...), las cosas han llegado (...) a un punto en el que la sociedad y el gobierno ya no pueden vivir juntos..."* (51). El criterio expresado por Proudhon contiene un profundo sentido profético, si se observa el poder actual de la tecnocracia y el crecimiento del Estado centralista.

Rousseau no admite la representación ni delegación de la soberanía en lo que se refiere a la facultad legislativa, que es precisamente donde se expresa la soberanía del pueblo, pero admite tal representatividad en materia de GOBIERNO y ADMINISTRACION (52). En cambio el anarquismo considera que debe evitarse la delegación de poder y propiciar la participación en todas las instancias

---

(47) USCATESCU, J. "La Anarquía y las fuentes del Poder". Ed. Reus, 1973. España, p. 78.

(48) Ibid., p. 91.

(49) "...En el Este, como en el Oeste, escribe Ruyer, la 'nueva clase' prolifera, expresión del mismo fenómeno fundamental: el crecimiento irreversible del Estado político-planificador, a la vez manager y parásito de la economía. La sola diferencia importante entre el Este y el Oeste, es que en el Este, el proceso más avanzado, en cierta medida se ha corregido él mismo. El aparato político burocrático al ser oficialmente manager de la sociedad industrial, actúa, o se esfuerza de tiempo en actuar incluso en China en el curso de una fase de 'anti-economismo' declarado, como un parásito inteligente, como elemento consciente de su obligación vital para él de hacer prosperar su base. El sistema tiene allí por tanto aspectos más sanos en la economía, donde los 'directores de fábrica' son sin embargo siempre criaturas de los políticos y tiemblan ante ellos; en la política cultural, en la enseñanza, la investigación científica y técnica y el deporte... En el Oeste la 'nueva clase', mucho más inconsciente de su propia situación, manifiesta un estado de espíritu de niño mimado y exigente, imaginando que es detentador de una revolución de justicia social y de eficacia técnica superior...", citando a Raymond Ruyer, Eloge de la Societé de consommation, París, Calmann-Lévy, 1969, p. 147. Citado por USCATESCU, ob. cit. p. 88.

(50) En opinión de Proudhon, "La democracia no es sino una arbitrariedad constitucional. El proclamar soberano al pueblo fue una artimaña de nuestros padres. En realidad, el pueblo es un rey sin dominios, el mono que remeda a los monarcas y que de la majestad y la munificencia reales sólo conserva el título. Reina sin gobernar. Al delegar su soberanía por el ejercicio periódico del sufragio universal, cada tres o cinco años renueva su abdicación. (...). Pero la teoría de la soberanía del pueblo lleva en sí su propia negación. Si el pueblo entero fuese verdaderamente soberano, no habría más gobierno ni gobernados". Citado por GUERIN, supra nota 29, p. 16.

(51) Ibid., p. 15.

(52) Capítulo tercero al séptimo del Libro Tercero del Contrato Social.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de la vida social (aspecto económico, social, político y administrativo) (53).

No creo que sea fácil resolver el problema de la delegación del poder. Es cierto que tal delegación ha conducido a la existencia de sociedades predominantemente autoritarias (ya se trate del sistema soviético o de los sistemas capitalistas, en los que el monopolio de hecho de las decisiones, en manos de grandes fuerzas económicas y políticas, se enmascara con ilusiones parlamentarias y electorales), pero no se puede rechazar en forma radical la delegación del poder, que en muchas circunstancias surge como una necesidad. Lo importante es que se busquen mecanismos por los que las decisiones tomadas "desde arriba" se elaboren mediante la participación y control efectivo de la base. También es necesario impedir el carácter global, permanente y profesionalizado de la delegación de poder (54).

5. CONCEPTO SOBRE EL DERECHO.

Las ideas que se han expuesto demuestran en parte el concepto que tenía Rousseau sobre el DERECHO, sin embargo, considero necesario establecer con mayor precisión los elementos característicos de tal concepto.

No debe olvidarse, tal como se expuso, que el primer nivel de legitimación del DERECHO se explicará a través del PACTO SOCIAL, como fundamento del PODER. Pero no bastaría el pacto o una convención para fundar el DERECHO, es necesario que esa convención sea justa, es decir, conforme al DERECHO NATURAL (55). Sobre este concepto hay que aclarar, en forma adecuada, lo que el pensador ginebrino consideraba que podía ser un principio trascendente orientador del derecho positivo.

Rousseau critica el concepto ius-naturalista clásico (de fundamentación metafísica), considerando que cada cual define tal derecho a su modo, fundándolo sobre principios tan metafísicos que cuesta trabajo comprenderlos (56). Pero su pensamiento político tampoco excluye en forma absoluta la noción de derecho natural, sino que fundamenta tal principio sobre la razón. Por esa razón es que se define a Rousseau dentro de la corriente del ius-naturalismo racionalista (57). Ese principio racional, guía y orientación del derecho positivo, se refleja claramente en el siguiente párrafo del Contrato Social: cuando habla de la LEY, dice: *"...Lo que es bueno y ajustado al orden lo es por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. Toda justicia viene de Dios, El es su única fuente; pero si nosotros supiésemos recibirla de tan alto, no tendríamos necesidad de gobierno ni de leyes. Sin duda existe una justicia universal que emana exclusivamente de la razón; pero esta justicia, para ser admitida entre nosotros, debe ser recíproca..."* (58). El Pacto Social sería la forma mediante la que se expresaría esa justicia universal emanada de la razón. Desde este punto de vista el DERECHO NATURAL correspondería a una exigencia no formulada, siendo la deliberación pública la que se encargaría de expresar las reglas de convivencia que guiarán a los hombres en la vida civil. El papel que jugarían las convenciones sería la de traducir en reglas efectivas las exigencias de la razón, el ideal de la justicia (59).

Al determinar las características del concepto de DERECHO, es necesario recordar que Rousseau considera que el hombre tiene dos inclinaciones psicológicas instintivas: el instinto de conservación y la repugnancia natural a ver perecer o sufrir a cualquier otro ser sensible y principalmente a nuestros semejantes. Puede considerarse que esas inclinaciones que Rousseau atribuye al hombre, se reflejarán en las causas que originan y dan vigencia a la sociedad política.

Como derecho esencial del hombre siempre establecerá la LIBERTAD, siendo ésta la base con-

---

(53) La participación la promueve el anarquismo en todas las instancias del sistema socio-político. Busca destruir toda forma de Estado opresor; es horizontalista, luchando por la creciente base de control popular; la mejor democracia es la que supere el parlamentarismo; la autogestión es maximalista en lo económico; la autogestión es rotativa, federalista, descentralizada. Citado en obra de CARLOS DIAZ, Las Teorías Anarquistas, Ed. Zero. España, 1978, p. 31.

(54) Supra nota 44, p. 97-98.

(55) MOREAU, Joseph. "Rousseau y la fundamentación de la Democracia". Ed. Espasa Calpe, España, p. 178-179. (Traducción del francés, titulada "Jean Jacques Rousseau").

(56) ROUSSEAU, J. J. Prefacio del "Discurso sobre el origen de la Desigualdad entre los hombres".

(57) DIAZ, Elías. "Sociología y Filosofía del Derecho". Ed. Tarus, 1980. España, p. 264-271.

(58) ROUSSEAU, J. J. "El Contrato Social". Cap. VI, Libro III.

(59) MOREAU, supra nota 55, p. 206.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBAN"

ceptual sobre la que se fundamenta, en gran parte, su concepto de DERECHO. *". . .No es tanto el entendimiento lo que distingue específicamente al hombre entre los animales como su condición de agente libre. . ."* (60). Sobre la libertad insiste en el CONTRATO SOCIAL, afirmando que renunciar a ella es renunciar a la cualidad de hombre; a los derechos de la humanidad, y aun a sus deberes (61).

Al sistema de legislación le señala dos objetivos esenciales: la libertad y la igualdad. *". . .La libertad, porque toda dependencia particular es fuerza que se quita al cuerpo del Estado, la igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella (. . .). Precisamente por la fuerza de las cosas tiende a destruir la igualdad es por lo que la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla. . ."* (62). Rousseau sugiere una relación importante entre libertad e igualdad, esta conexión sigue siendo necesaria en la sociedad moderna, y de la forma en que se puedan realizar tales valores, dependerá la posibilidad de que pueda alcanzarse una sociedad justa y auténticamente democrática (63). La libertad y la igualdad, en íntima conexión, son los derechos fundamentales del hombre que se descubren al aplicar un análisis racional sobre la naturaleza de la persona. En el estado social, Rousseau no habla de un "derecho natural" en sentido estricto (el derecho primitivo del estado de naturaleza), sino de un "derecho natural razonado". El primero se refiere a un instinto espontáneo sin el menor significado moral, en cambio el segundo implica *". . .la naturaleza, el hábito, la razón y nuestra voluntad de comportarnos con otros hombres como desearíamos que éstos se comportaran con nosotros. . ."* (64).

El naturismo, que reduce el derecho a la fuerza, que proclama el derecho del más fuerte, es rechazado en el Contrato Social, ya que: *". . .El más fuerte no es nunca lo bastante fuerte para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber. . ."* (65). La obediencia y la legitimidad del poder se vinculan estrechamente con la validez y efectividad del Derecho. El derecho y la obediencia, como expresión visible del PODER, alcanza su verdadera significación cuando los gobernados actúan de tal forma que parece que ellos mismos asumen el contenido del mando como máxima de su accionar (66).

El poder soberano debe expresarse siempre a través de la ley. Para que el gobierno sea legítimo debe actuar por medio de la ley que define la voluntad general, como PODER SOBERANO. La Administración puede ser de distintas formas, lo importante es que el Estado se encuentre regido por las leyes, cuyo contenido debe ser siempre genérico e igualitario. Estos aspectos son muy importantes cuando se pretende proteger la libertad y son elementos esenciales de lo que comúnmente se denomina ESTADO DE DERECHO.

El Contrato Social plantea la utilización de la coacción para someter al que se niegue a obedecer la voluntad general. *". . .Así pues, a fin de que el pacto social no sea una vana fórmula, entraña tácitamente el compromiso, único que puede dar fuerza a los demás, de que quienquiera se niegue a obedecer a la voluntad general será obligado a ello por el cuerpo entero, lo cual no significa otra cosa que se le obligará a ser libre; pues tal es la condición que dando cada ciudadano a la patria, le libra de toda dependencia personal; condición que constituye el artificio y el juego de la máquina política y es la única en legitimar los compromisos civiles,*

---

(60) ROUSSEAU, J. J. "Discurso sobre el origen de la Desigualdad entre los hombres". Primera parte. (Página 159 en la edición citada en la Bibliografía sobre el compendio titulado ESCRITOS DE COMBATE).

(61) ROUSSEAU, J. J. Capítulo IV, sobre la Esclavitud, Libro Primero. "Contrato Social".

(62) Ibid., Capítulo XI-Libro III.

(63) *". . .Este se configurará como Estado democrático de Derecho cuando, desde ese punto de partida, vaya dando pasos efectivos hacia un pleno desarrollo de los derechos humanos correspondientes a esas zonas culturales, económicos sociales, etc., que, haciendo más real la igualdad, hacen también más posible y más auténtica la libertad. (. . .) Existe, pues, una ineludible interconexión entre libertad e igualdad, y entre libertad e igualdad real. Los obstáculos a la igualdad son también obstáculos a la libertad y viceversa. . .",* **DIAZ, Elías. "Legalidad, Legitimidad en el Socialismo Democrático", Ed. Civitas. España, p. 133-138.**

(64) Supra nota 4, (GRIMSLEY), p. 151-152.

(65) ROUSSEAU, J. J., "El Contrato Social", Cap. III del Libro primero.

(66) *". . .Por 'poder' debe entenderse, entonces, el fenómeno por el cual una voluntad manifestada ('mando') del detentor o de los detentores del poder, intenta influir sobre el accionar de otras personas (del 'dominado'), e influye efectivamente de tal modo que el accionar de éstos se desenvuelve en un grado socialmente relevante como si los dominados, por su propio deseo, hubiesen asumido el contenido del mando como máxima de su accionar ('obediencia'). . .".* **Tal dominación se expresa muchas veces a través del DERECHO. WRIGHT MILLS, LASWELL, WEBER y otros. "Sociología del Poder". Centro Editor de América Latina. Argentina, 1978, p. 39.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

que sin eso serían absurdos, tiránicos y estarían sujetos a los mayores abusos. . ." (67). El párrafo textual del Contrato Social, sugiere una serie de ideas importantes, ya que Rousseau admite que un pacto que no pueda sancionar y reprimir a quienes violan las normas del convenio, se convertiría en una fórmula vana y hueca. La coercibilidad del PACTO es una de las notas características de los ordenamientos que pretenden ser DERECHO; si éste no puede imponerse, no debe hablarse de que tal ordenamiento tenga efectividad, continuidad, o que proporcione SEGURIDAD JURIDICA. A su vez el PODER LEGITIMO se expresa a través del DERECHO, pero ese poder debe estar en condiciones de imponer alguna sanción en caso de que el destinatario de una orden la desobedezca, ya que sino tiene tal capacidad no debería hablarse de PODER sino de simple influencia (68). Tanto el PODER como el DERECHO requieren la facultad de poder imponerse por la FUERZA cuando existe una desobediencia (coercibilidad), aunque tal facultad no se ejercite, es necesario que tal posibilidad siempre pueda ser efectiva y tenga por lo menos apariencia legítima. La posibilidad de ejercitar una represión legítima es lo que caracteriza al PODER y al DERECHO. Precisamente a través del DERECHO es que el PODER logra expresar su dominio y a su vez le da una justificación a la imposición coactiva (69).

Rousseau cuando se refiere a la imposición coactiva del PACTO, tal como se expresa en el párrafo transcrito anteriormente, considera que tal represión lo que logrará es que se obligará al desobediente a ser libre. Pareciera que de esta forma se establece que el único orden de valores que permite la liberación del hombre es la "escala oficial", la del PODER ESTABLECIDO. Esto sucede en muchos planteamientos políticos, en especial los que justifican los regímenes dictatoriales (sean de derecha o de izquierda). Pero esa afirmación que se hace en el CONTRATO SOCIAL debe ser analizada dentro de su contexto, tomando en cuenta el concepto eminentemente democrático del poder soberano en Rousseau y su idea de que los ciudadanos aceptan racionalmente las condiciones del PACTO SOCIAL; bajo estos supuestos, la imposición coactiva del ordenamiento, adquiere otro matiz y significado. Por supuesto que es indudable que todo ordenamiento jurídico pretende representar la realización de la escala de valores dominante (propia de los grupos y clases dominantes), única vía, según su perspectiva, de alcanzar la verdadera libertad; pero tal pretensión no puede justificar la utilización del aparato represivo con el fin de aniquilar cualquier crítica o planteamiento que pretenda exponer una escala de valores alternativa. La imposición coactiva del ordenamiento no puede vulnerar la libertad de pensamiento ni la vigencia del pluralismo ideológico.

Las ideas de Rousseau han contribuido a establecer los fundamentos de lo que comúnmente se denomina ESTADO DE DERECHO, y también fijó una serie de interrogantes sobre el sentido de la democracia. Tales interrogantes hacen que las ideas del pensador ginebrino también se encuentren relacionadas, guardando las distancias históricas del caso, con lo que se denomina ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO, cuyos objetivos son mucho más ambiciosos que los que se propone el ESTADO DE DERECHO (70).

---

(67) ROUSSEAU, J. J. "El Contrato Social". Cap. VII del Libro primero.

(68) ***". . .Para darle al poder cualquier significado discriminatorio, debemos verlo como una relación en la que una persona o grupo está en condiciones de determinar las acciones de otra persona o grupo en dirección de los fines de aquella persona o aquel grupo. Además, y este es el aspecto que distingue al poder de la influencia general, esta persona o grupo también debe estar en condiciones de imponer alguna sanción en el caso de que la persona influida no actúe en el sentido deseado. El poder, entonces, se presenta en la medida en que una persona controla, mediante la sanción, las decisiones o las acciones de otra. . ."*** **cita de DAVIS EASTON, "El sistema político". Ed. Amorortu, Argentina, que se transcribe en la obra ya citada anteriormente sobre "Sociología del Poder", supra nota 63, p. 59.**

(69) Lo que caracteriza al ESTADO MODERNO es la dominación legal, tal como lo describe Max Weber. Tal dominación es de carácter racional, fundada en la creencia de la validez de las normas establecidas racionalmente y en la legitimidad de los jefes elegidos según la ley. La burocracia asume el papel activo en el ejercicio de la dominación legal. Citado por USCATESCU, ver supra nota 47, p. 81. (Tomado de la obra ECONOMIA Y SOCIEDAD DE MAX WEBER, Tomo I).

(70) Lo esencial del Estado de Derecho es la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo del poder político en nombre de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El imperio de la ley (como expresión de la voluntad general), la división y distribución de poderes (legislativo, ejecutivo, judicial), la legalidad de la Administración son las características propias del ESTADO DE DERECHO. Pero los objetivos del ESTADO DE DERECHO son insuficientes para lograr la justicia y la libertad para todos los grupos y clases sociales, por esa razón es que se elabora el concepto de ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO, que toma en cuenta las desigualdades reales y no se contenta con el establecimiento de libertades y garantías jurídicas. Busca poner fin a la explotación económica, estableciendo derechos económicos y sociales tendentes a una efectiva nivelación e igualdad socioeconómica, que la propiedad de los medios de producción sea sustituida, a través de procedimientos democráticos, por una participación igualitaria de todos en el control y rendimientos de la propiedad, la cual tenderá a adoptar diversas formas de carácter colectivo y autogestionario. Ver DIAZ, E., supra nota 63, p. 147, 150, 151.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

BIBLIOGRAFIA

BELAVAL, Ivon. **"Racionalismo, Empirismo, Ilustración".** Serie sobre Historia de la Filosofía. España, 1978. Siglo XXI. (Título original en francés: Histoire de la Philosophie, 2 Encyclopédie de la Pléiade).

GARAUDY, Roger. **"Una nueva Civilización".** (El proyecto Esperanza). Ed. Edicusa. España-1977. (Título original en francés: "Le Projet Espérance").

GRIMSLEY, Ronald. **"La filosofía de Rousseau".** Ed. Alianza, España, 1973. (Título en inglés —original—: The Philosophy of Rousseau).

DIAZ, Elías. **"Sociología y Filosofía del Derecho".** Ed. Taurus, España, 1980.

DIAZ, Elías. **"Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático".** Ed. Civitas, España, 1978.

DIAZ, Carlos; GARCIA, Félix. **"16 tesis sobre anarquismo".** Editorial Zero S.A. España, 1978.

DIAZ, Carlos. **"Las Teorías Anarquistas".** Ed. Zero S.A. España, 1978.

DIAZ, Carlos. **"El Anarquismo como fenómeno político moral".** Ed. Zero S.A. España, 1978.

DIAZ, Carlos. **"Memoria Anarquista".** Mañana Editorial. Madrid, España, 1977.

FABBRI, Luigi. **"Comunismo libertario o Capitalismo de Estado".** Ed. Campo Abierto. España, 1977.

GARCIA SAN MIGUEL, Luis. **"La sociedad autogestionada: una utopía democrática".** Universidad Complutense. Sección de Publicaciones. España, 1980.

GUERIN, Daniel. **"El Anarquismo".** Ed. Campo Abierto. España, 1978, (Título original en francés: L'anarchisme).

MILLS, Wright; LASWELL y otros. **"Sociología del Poder".** Centro Editor de América Latina. Argentina, 1978.

MOREAU, Joseph. **"Rousseau y la fundamentación de la Democracia".** Ed. Espasa Calpe. España, 1977, (título original en francés: J. J. Rousseau).

NETTLAU, Max. **"La Anarquía a través de los tiempos".** Ediciones Júcar. Madrid, España, 1978.

OYHAMBURU, Philippe. **"La Revancha de Bakunin. (Del Anarquismo a la Autogestión)".** Ed. Campo Abierto. España, 1977, (título original en francés: La Revanche de Bakounine ou de l'Anarchisme à l'Autogestion. Ed. Entente. París, 1975).

PECES-BARBA, Gregorio. **"Libertad, Poder, Socialismo".** Ed. Civitas S.A. España, 1978.

RODRIGUEZ HUESCAR, Antonio. **"Prólogo a la obra del Contrato Social".** Ed. Aguilar. España, 1978.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **"Escritos de Combate".** (Compendio de sus obras más importantes). Ediciones Alfaguara, S.A. España, 1979.

SAMPSON, R.V. **"Igualdad y Poder".** Ed. Fondo de Cultura Económica. México-1975. (Título original en inglés: Equality and Power-1965).

STAROBISKI, Jean. **"Prólogo de la obra de Rousseau sobre el Discurso sobre el ORIGEN DE LA DESIGUALDAD ENTRE LOS HOMBRES".** Ed. Aguilar. España, 1974.

USCATESCU, Jorge. **"La Anarquía y las fuentes del Poder".** Ed. Reus. España, 1973.

VEREKER, Ch. **"El Desarrollo de la Teoría Política".** Ed. Eudeba. Argentina, 1972, (título original en inglés: The development of Political Theory, London, 1957).

*****

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ANALISIS Y CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO SECTOR DE ECONOMIA LABORAL (SEL)

Virgilio Benavides López.

I. INTRODUCCION.

El Sector de Economía Laboral, al igual que otros proyectos de innovación, quiere encontrar acomodo en el marco socio-económico, jurídico y político existente. Con los estudios y análisis logrados no se ha llegado a acuerdos satisfactorios, como consecuencia de los diferentes criterios aportados por los sectores interesados, que buscan bases reales en qué fundar la factibilidad, la reforma o el rechazo del Proyecto. El Sector Laboral, el Sector Empresarial y el Estado han sido entonces los llamados a proponer las ideas para armonizar unos y otros intereses. Las razones que justifican tales discrepancias requieren mención y análisis por separado; así se comprenderá el porqué de buscar un equilibrio óptimo de soluciones.

II. EL SECTOR DE ECONOMIA LABORAL.

En un contexto general el SEL pretende que el auxilio de cesantía sea un **derecho real** del trabajador. Deja de ser entonces la **expectativa de derecho** que estipula el artículo 29 del Código de Trabajo, que en sus principales puntos dice:

> "Artículo 29. Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por razón de despido injustificado, por alguna de las causas previstas en el artículo 83, u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle a éste un auxilio de cesantía de acuerdo con las siguientes reglas:
> a) Después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, con un importe igual a veinte días de salario;
> b) Después de un trabajo continuo mayor de seis meses pero menor de un año, con un importe igual a veinte días de salario;
> c) Después de un trabajo continuo mayor de un año, con un importe igual a un mes de salario por cada año de trabajo o fracción no menor de seis meses;
> d) En ningún caso podrá exceder dicho auxilio del salario de ocho meses;
> e) El auxilio de cesantía deberá pagarse aunque el trabajador pase inmediatamente a servir a las órdenes de otro patrono; y
> f) (Derogado por ley No. 4797 de 12 de julio de 1971). . ." (1).

En base a estos puntos el SEL persigue:

a) Que se pague el auxilio de cesantía haya o no causal de despido.
b) Eliminar el límite de los ocho años de dicho pago.
c) Que el auxilio de cesantía deje de ser eventual y una carga contingente para la empresa.
d) La creación de la Caja de Cesantía, el Banco de Desarrollo Laboral y la Corporación Laboral de Inversiones.
e) Transformar el Banco Popular y de Desarrollo Comunal.
f) La estabilidad en el empleo.

Los recursos que se acumulen se capitalizarán e invertirán en beneficio del Sector Laboral. Con ello el trabajador podrá tener acceso a la propiedad de medios de producción y además asegurarse un patrimonio familiar.

En el nuevo modelo de desarrollo convivirán la Empresa Privada, la Empresa Estatal y el Sector de Economía Laboral, este último marcando la

(1) **Código de Trabajo de Costa Rica. Artículo 29. Págs. 12-13. Imprenta Lehmann, 2da. Ed., 1979-80.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

diferencia con el modelo tradicional y que al respecto, el ex Ministro de Trabajo Francisco Morales Hernández, como impulsador del SEL, dice:

"Costa Rica vive hoy el agotamiento histórico de un modelo de desarrollo de clase media.

- Ya no es posible seguir creciendo sobre la base de ampliación del Sector Público.
- Ya no es posible seguir hablando de Economía Mixta, solamente.
- Ya no es posible seguir con un modelo económico de crecimiento, solamente.
- Ya no es posible seguir con un modelo de Estado Benefactor.
- Ya no es posible seguir con políticas sociales paternalistas de carácter asistencial.
- Ya no es posible seguir con un esquema de desarrollo que, en la práctica, genera la concentración de la riqueza.
- Ya no es posible seguir con un esquema económico que no es capaz de garantizar a los trabajadores un patrimonio, un ahorro, una capitalización mínima" (2).

Y expone a continuación:

"Aquí estamos en el cruce de dos caminos.

a) o vamos cada vez más hacia un esquema represivo de derecha
b) o vamos hacia una ampliación del modelo de participación, incorporando, democráticamente, institucionalmente, a los sectores sociales emergentes" (3).

A) El SEL y la Empresa Privada.

Los estudios realizados por el Instituto Costarricense del Sector Empresarial (INCOSEM) por encargo de la Unión de Cámaras, concluyen en lo siguiente:

1) El SEL pretende crear un aparato estatal de grandes proporciones. Cinco entes entrarán a funcionar con su creación: La Caja de Cesantía, El Banco de Desarrollo Laboral, la Corporación de Inversiones, la Asamblea del SEL y la Contraloría del SEL, todos con una función específica. Ellos contribuirán a la expansión del Sector Público. El Banco del SEL se rige por el Sistema Bancario Nacional que es de naturaleza jurídico-administrativa de derecho público, como también la administración de los fondos y entes del SEL implican regulaciones de este derecho. Hay contradicción en que el sistema nace en el derecho privado y se desarrolla en el público.
2) El SEL aumenta la carga patronal en un 8,33 por ciento sobre las planillas. Habrá incremento en el costo de la mano de obra y la carga total subirá alrededor del 40 por ciento.
3) Habrá empresas en capacidad de aceptar y pagar la cesantía (y deducirla de la renta); otras de la agricultura que no cuentan con suficientes recursos económicos sufrirán el efecto del SEL.
4) Se dará paso a la indisciplina y el trabajador buscará la forma de ser despedido para obtener el dinero que le corresponde por cesantía.
5) Se afectará la marcha económica de las empresas.

Los impulsores del SEL responden a lo anterior con lo siguiente:

1) No se crearán cinco entes burocráticos, sino que la Caja de Cesantía, el Banco de Desarrollo Laboral y la Corporación de inversiones serán administrados y dirigidos por los trabajadores. El Estado será sólo un colaborador del SEL y no tomará parte en sus decisiones.
2) La carga por cesantía es menor que 8,33 por ciento dado que este porcentaje rige desde 1943 y no es real, (a lo que se opone que siendo cualesquiera de los dos, representa un desembolso real de efectivo).
3) Con la creación del SEL se contemplan todas las empresas.
4) En la exposición de motivos del SEL se contempla un régimen de estabilidad relativa en el empleo para los integrantes de sindicatos y para quienes estuviesen en el proceso de integrarlo.
5) El SEL propone para evitar el desequilibrio de la marcha económica de las empresas dar un plazo de tres años para que éstas efectúen los depósitos correspondientes a nombre de cada trabajador.

La búsqueda del acoplamiento entre éstos y muchos otros criterios, nos lleva al estudio y a la reflexión, es por ello que deben aportarse ideas en cualquier sentido. Todo lleva al mejoramiento de nuestra sociedad y perfecciona cada vez más nuestro modelo democrático, cuyos pilares de derecho son los que afianzan y aseguran toda nueva conquista.

III. CONSIDERACIONES SOBRE EL SEL.

Se refieren a las repercusiones y limitaciones que tendría el SEL en la práctica de nuestra realidad actual (socio-económica, jurídica y política).

a) Es un hecho el crecimiento del Sector Público lo cual debe afrontar el Estado y hace incierto el futuro del SEL ya que tendría que convivir con la burocracia estatal, lo cual está al margen de sus objetivos.

---

(2) El Sector de Economía Laboral, San José, Costa Rica. Imprenta Lehmann. 1978. Págs. 31-32.

(3) Ibídem.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

b) Contamos con el Banco Popular y de Desarrollo Comunal que puede hacer mucho por el trabajador.

c) Nuestra realidad: en lo social, lo político, lo jurídico y lo ideológico, requiere de **madurar** para aproximarse en forma gradual, a esas realidades que otras formas de sociedades han adoptado en alguna u otra forma.

IV. RECOMENDACIONES.

Algunos lineamientos del SEL ayudarán para formular recomendaciones que ajustadas a la realidad actual, pueden servir de base a nuevos estudios relacionados con el asunto, en especial con la reforma del Código de Trabajo. Para ello se ha de partir de las siguientes premisas que contiene nuestra Constitución Política:

> "Artículo 63. Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación.
>
> Artículo 65. El estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador.
>
> Artículo 72. El Estado mantendrá, mientras no exista seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protecccción a los desocupados involuntarios, y procurará la reintegración de los mismos al trabajo".

A partir de aquí se debe buscar lo que no existe y lo que no opera a causa de limitaciones. Un análisis a fondo nos dará una visión clara de lo que puede lograrse. Por ello debemos considerar lo siguiente:

1) No existe un seguro contra el desempleo involuntario en Costa Rica.
2) El trabajador no obtiene los recursos suficientes para formar su patrimonio familiar.
3) La legislación no proteje lo suficiente al trabajador que queda cesante.

En base a las consideraciones anteriores la **transformación** del artículo 29 del Código de Trabajo puede llevarse a cabo, en el sentido de que el auxilio de cesantía se pague haya o no causal de despido, es decir **alterando únicamente su encabezamiento pero conservando sus reglas.** Entraría a reforzar esto la creación del **seguro de desempleo** con que no cuenta el trabajador. Con estos lineamientos se conseguiría:

1) Poner fin a los conflictos obrero-patronales que acarrea el enunciado actual de ese artículo.
2) Que las empresas paguen un impuesto de ley para que el trabajador pueda soportar la incertidumbre que le ocasiona el desempleo. Esto puede alimentarse con la plena organización del sindicalismo y el concurso del Estado, el cual debe tomar acciones tales como:

   a) Pronunciarse en cuanto a una legislación firme pertinente a los sindicatos, en la que se incluya sobre la estabilidad del trabajador en su empleo. Este tipo de legislación existe en algunos países de Latinoamérica, y que al respecto dice el tratadista Mario L. Deveali: *"La estabilidad en sentido propio, consiste en el derecho del empleado a conservar el puesto durante toda su vida Laboral (o sea, en el caso de existir jubilaciones o pensiones por vejez e incapacidad), hasta cuando adquiere el derecho a la jubilación o pensión, no pudiendo ser declarado cesante, antes de dicho momento, sino por algunas causas taxativamente determinadas"* (4).

   b) Reformar el Banco Popular y de Desarrollo Comunal. Su **situación jurídica** actual le impone limitaciones que le impiden su financiamiento, por lo que debe sacrificar los recursos del trabajador y que deberían emplearse en el sector laboral. Requiere para un funcionamiento acorde con sus objetivos: tener una representación fuerte de la clase trabajadora y poner fin al incremento burocrático para hacer uso correcto de los ingresos generados.

A) Las empresas.

Todas las empresas están en capacidad de pa-

---

(4) **Lineamientos del Derecho de Trabajo. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1948, pág. 193.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

gar la cesantía y el impuesto de desempleo en la forma propuesta. Esto si consideramos que cada empresa paga salarios acordes con su función productora, con la escala de salarios mínimos y la influencia de la competencia en el mercado laboral. En base a esto cada una podrá cumplir con la nueva carga en el uso de sus posibilidades.

1) **Movilidad de la mano de obra.**
La transformación de la cesantía tendrá su impacto en la movilidad de la mano de obra geográfica. Será cuando el trabajador busque las empresas de salarios altos, para lo cual éste sólo prescindirá de su contrato de trabajo o incurrirá en indisciplina para ser despedido si fuere el caso. Es por lo anterior que se ha hecho necesario pensar en el régimen de estabilidad en el empleo antes mencionado, mediante el cual se podrá disminuir esta movilidad, cuyas consecuencias son la competencia de mano de obra, el subempleo y hasta el desempleo.

2) **Los costos de producción y la competencia.**
Cuando sucede que se incrementan los costos de producción de los productos, hay recursos alternativos para contrarrestar esta situación. Hay medidas tales como las exenciones de impuestos y el uso del impuesto sobre la renta, que se pueden tomar para lograr que los productos puedan seguir compitiendo en mercados nacionales y extranjeros. La regulación de estas exenciones (las que operan y las que puedan crearse) y la posible deducción del impuesto sobre la renta, entre otras medidas, pueden constituirse en soluciones al respecto.

B) El Estado.

Cuando el Estado tenga que decidir qué medidas tomar, en el momento que las empresas busquen cómo equilibrar la carga que van a soportar, no debe de ninguna manera afectar los intereses laborales. Debe aceptar que lo que se persigue es disminuir otro tanto la brecha social, dar algo más a quienes producen la riqueza y que la curva de distribución se mueva a favor del sector marginado. El siguiente cuadro muestra la distribución del ingreso en el país:

CUADRO DE DISTRIBUCION DEL INGRESO DE LA POBLACION COSTARRICENSE

Porcentaje familias	*Porcentaje Ingreso*	*Ingreso anual por familia (en colones)*
10 por ciento más bajo	2,1	2.976
Segundo 10 por ciento	3,3	4.608
Tercer 10 por ciento	4,2	5.880
Cuarto 10 por ciento	5,1	7.236
Quinto 10 por ciento	6,2	8.760
Sexto 10 por ciento	7,5	10.596
Sétimo 10 por ciento	9,3	13.020
Octavo 10 por ciento	11,7	16.536
Noveno 10 por ciento	16,2	22.740
Décimo 10 por ciento	34,4	49.248

Fuente: Víctor Hugo Céspedes, "Costa Rica, La Distribución del Ingreso y Algunos Alimentos", IECES, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, No. 45 (1973).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBAN"

"Como puede notarse el diez por ciento más pobre gana sólo un dos por ciento del ingreso nacional, en tanto que el diez por ciento más rico gana más de un tercio; en otras palabras, el diez por ciento de las familias de ingreso más alto tiene un ingreso anual dieciséis veces mayor que el recibido por el diez por ciento de las familias más pobres (49.248 colones comparado con 2.976 colones por familia)" (5).

Con referencia a las medidas a tomar, si la Administración Pública renovara sus ideas y muchas anomalías financieras, de orden y de cumplimiento fueran reguladas, el Estado saldría adelante con sus responsabilidades.

V. CONCLUSION.

El SEL es ampliamente conocido. Es un tema de interés general, con sus criterios en pro y en contra. Del análisis y consideraciones anteriores habrá similitudes y también diferencias. En fin, sus lineamientos se dirigen hacia el mejoramiento del status del trabajador, para lo cual se requiere enlazar un punto de vista legal, otro económico y una decisión Ejecutiva, para ajustar en forma equilibrada el Proyecto en nuestro país.

BIBLIOGRAFIA

ARIAS SANCHEZ, Oscar, **"¿Quién gobierna en Costa Rica?"** 1a. edición, Editorial Costa Rica, 1976.

El Sector de Economía Laboral, Cuadernos Cedal, No. 8, Imprenta Lehmann, 1978.

LA NACION, Ediciones del mes de dic. 1978 a enero 1979, San José, Costa Rica.

Lineamientos del Derecho de Trabajo. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1948.

Código de Trabajo. Imp. Lehmann, 2da. ed., 1979-80.

(5) **ARIAS SANCHEZ, Oscar, "¿Quién gobierna en Costa Rica?", Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1976, pág. 69.**

LA ACCION REIVINDICATORIA DE BIENES INMUEBLES

Dr. Víctor Pérez Vargas.

CONTENIDO:

Introducción 124
Concepto 125
Finalidad 126
Fundamento 126
Caracteres y requisitos 126
Sujeto legitimado activamente 127
Sujeto legitimado pasivamente 127
Identificación de la cosa 128
Prescripción 128
La prueba de la reivindicación 129
Efectos de la reivindicación 129
En particular sobre el problema de conflicto reivindicatorio con pluralidad de títulos 130

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INTRODUCCION.

Para el estudio analítico de un instituto jurídico múltiples procedimientos metodológicos pueden ser empleados. Muy a menudo las conflictivas posiciones de los juristas no son más que diferencias de orden metodológico condicionadas por diversos presupuestos ideológicos. Esto ocurre con frecuencia en materia de propiedad.

Ha sido aclarado (1) que los valores jurídicos pueden ser objeto de cuatro fundamentales enfoques divergentes:

a) La concepción ideal-sustancial, característica de las llamadas posiciones ius-naturalistas, cuyo peligro, en tema de interpretación o de integración del Derecho se encuentra en un ilimitado recurso a criterios ideales de justicia (2),

b) la concepción ideal-formal, representada por el pensamiento de Hans Kelsen que limita la competencia del jurista en el sentido de que no puede sobrepasar las formas normativas (3),

c) la concepción real-subjetiva, que entiende de tanto la norma jurídica como el mismo negocio jurídico, como productos de la esfera volitiva del ser humano; esta concepción en materia de interpretación e integración del Derecho plantea aun mayores dificultades, entre ellas el problema de determinar la efectiva voluntad del autor de la norma (o del negocio) y el de que aun determinándose ésta, las circunstancias concretas se transforman, lo que revela la insuficiencia de esta concepción y la necesidad de dar un paso más con la llamada interpretación evolutiva (4),

d) la concepción real-objetiva que entiende el valor jurídico como real —aunque no físico—, como un resultado de una proyección humana ante una necesidad actual o al menos potencial, una valoración frente a un problema (5). De esta posición son representantes destacados Ihering (6) y los juristas de la Jurisprudencia de Intereses, en particular Heck (7) y Rümelin (8), aunque sus orígenes se remontan a la antigüedad griega (9) y son observables claramente precursores modernos

---

(1) FALZEA, Angelo. Efficacia giuridica. Voci di teoria generale del diritto, Giuffrè-ed., Milano, 1970, pág. 229.

(2) En general sobre estas corrientes v. GUTIERREZ, Carlos José. Sul diritto naturale, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1963, Roma, págs. 703 y ss., LUMIA, Giuseppe, Il diritto tra le due culture, Giuffrè-ed., Milano, 1971, pág. 11, DE STEFANO, Rodolfo. Per un ética sociale della cultura, Vol. II, Giuffrè-ed, Milano, 1963, pág. 21, DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del Derecho, Bosched. Barcelona, 1963, págs. 46 y 70.

(3) V. KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, EUDEBA, Buenos Aires, 1960, pág. 172 y KELSEN, Hans, Teoría general del Derecho y del Estado, Textos Univers. México, 1969, pág. 174.

(4) Dos importantes sentencias de nuestros tribunales deben aquí mencionarse con relación al tema de la interpretación evolutiva o progresiva. En una de ellas, con la redacción del Magistrado JACOBO LUIS, en tema de posesión notoria de estado del concebido expresamente se aclaró: *"El Tribunal hace las preinsertas referencias para destacar un elemento circunstancial valorativo, que en la constante historia legislativa o en el ambiente social ha tenido y continúa teniendo, en interés del feto y en relación con terceros la exhibición y embarazo notorio de la mujer"* SALA PRIMERA CIVIL, 8:15 hrs. de 5 de abril de 1963. V. SALA DE CASACION No. 92 de 14 hrs. de 18 de octubre de 1963, pág. 533. En la otra sentencia se encuentra un voto salvado del Magistrado COTO ALBAN donde se recuerda, con relación a este tipo de interpretación, que nuestros jueces *"así lo han hecho cuando dejan de aplicar leyes que regulan situaciones jurídicas que se han transformado con el avance de la civilización, o cuando actualizan una norma mediante su interpretación progresiva. . ."* Voto salvado en sentencia No. 126 de 16:30 hrs. de 13 de diciembre de 1967, II sem. II tomo, pág. 1146 (SALA DE CASACION).

(5) En el voto salvado citado en la nota anterior, el Magistrado COTO ALBAN hizo notar que *"la norma jurídica aunque se formule en términos generales siempre responde a un juicio de valor"*; la consecuencia práctica de estas premisas metodológicas con relación a la función judicial es ahí mismo resumida en el sentido de que *"sí pueden y deben los jueces desentrañar el verdadero sentido de la ley, no sirviéndose simplemente de la lógica, sino tratando de ir más hacia el fondo del problema. . ."* op. cit., pág. 1146. Los aspectos teóricos de la metodología del problema han sido desarrollados por VIEHWEG, Theodor. Topica e Giurisprudenza. Giuffrè-ed., Milano, 1962.

(6) En particular v. IHERING, R. von, La lucha por el Derecho, TOR, Buenos Aires y IHERING R. von, Law as a mean to an end. trad. Husik. I. to J. Stevens, London, 1972, págs. 354 y ss.

(7) HECK, Philipp. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. R. Dubischar, Berlin—Zurich, 1968, HECK, Philipp. Die dinamische Methode Müllerserts und die praktische Rechtswissenschaft. Archiv. für die civilistische Praxis, Tübingen, 1938, pág. 165, HECK, Philipp. El problema de la creación del derecho. Ediciones Ariel. Barcelona, 1961. HECK, Philipp. The jurisprudence of interests. J.of.I. Harvard, 1948. HECK, Philipp. Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner. Arch. Für die civilistische Praxis. Tübingen, 1936, pág. 133.

(8) RÜMELIN, Max. Bernard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht una Privatrechtswissenschaft, Tübingen, 1908. RUMELIN, Max. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für Uns, Tübingen, 1908. RÜMELIN, Max. Developments in Legal Theory and teaching during my lifetime, 1930, en J.of.I. Harvard, 1948. RÜMELIN, Max. Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und Ihre Begründung. Siebeck, Tübingen, 1929, RÜMELIN, Max. Die Gerechtigkeit. J.C.B. Mohr. Tübingen, 1921, RÜMELIN, Max. Rechtssicherheit, J.C.B. Mohr. Tübingen, 1924. RÜMELIN, Max. Die Relativität der Begriffe. Sischer. Jena, 1913.

(9) En particular Aristipo y Epicuro. V. DIOGENES LAERTIUS, Lives of Eminent Philosophers. Harvard Univ. Press. Cambridge, Mass. MCMLXVI.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

como Hobbes (10), Locke (11), el mismo Spinoza (12) y, principalmente Bentham (13) con su principio de utilidad (nos permitimos recordar la correlatividad entre el concepto de utilidad y el concepto de interés, en cuanto "útil es aquello capaz de satisfacer un interés"). Desde el punto de vista teórico-general la formulación más acabada de esta concepción se encuentra en el pensamiento de Falzea (14), siendo observables múltiples aplicaciones prácticas en los escritos de Pound (15).

La metodología real-objetiva es, a nuestro juicio, la que mejor capta la esencia de lo jurídico y por ello la adoptaremos en el tratamiento de la institución en examen. Queremos aclarar, sin embargo, que si bien tradicionalmente esta metodología ha sido contrapuesta al conceptualismo de los grandes teóricos del siglo XIX (16), consideramos que no es posible establecer un antagonismo radical, pues, como bien lo observa Oertmann *"en realidad, el hecho de que en la interpretación de las reglas jurídicas los intereses subyacentes deben ser el factor decisivo no ha sido negado por ningún jurista consciente, por lo que no existe una seria diferencia de opinión entre los juristas conceptuales y los juristas de intereses"* (17).

Teniendo presentes las anteriores consideraciones intentaremos en el presente estudio determinar los caracteres de la acción reivindicatoria, sus presupuestos de hecho y las específicas consecuencias jurídicas que de ella pueden derivar.

REIVINDICACION. CONCEPTO.

La reivindicación puede entenderse, desde un punto de vista amplio como la "recuperación de un bien del que se ha sido desposeído". Ella se hace efectiva mediante una acción judicial denominada precisamente "acción reivindicatoria".

No vamos a ocuparnos en este trabajo del concepto de "acción" dentro de la teoría general del derecho procesal (18); trataremos más bien de centrar el análisis en los aspectos de fondo del tema.

La acción reivindicatoria ha sido definida como *"la acción judicial mediante la cual se hace reconocer el derecho de propiedad que se tiene sobre un bien"* (19). La definición anterior del profesor

---

(10) V. HAMPSTEAD, Introduction to Jurisprudence, London, 1972, pág. 338, v. tamb. RADBRUCH, Gustav. Lo spirito del diritto inglese, Giuffrè-ed., Milano, 1962, pág. 43.

(11) V. BAUMGARDT, C. Bentham and the Ethics of Today. Princeton, New Jersey, Princeton Univ. Press. 1962, pág. 47. LOCKE, The second Treatise of Civil Government and Letter concerning Toleration, Ed. J.W. Gough, Oxford, 1948, pág. 126.

(12) Spinoza afirmaba: *"Entiendo por bueno lo que sabemos con certeza que nos es útil"*. SPINOZA, B. Etica. Ed. Aguilar. Buenos Aires, 1963, pág. 280.

(13) V. BENTHAM. A fragment of Government. Columbia Univ. Press. cit. p. HART, H.L.A. Contributi all'analisi del diritto. Giuffrè-ed., Milano, 1964, pág. 55.

(14) V. FALZEA, Angelo. Efficacia Giuridica, op. cit., supra 1. FALZEA, Angelo. Fatto Giuridico. Voci di teoria generale del diritto. Giuffrè-ed., Milano, 1970. FALZEA, Angelo. Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici. Giuffrè ed., Milano, 1939. FALZEA, Angelo. La condizione e gli elementi dell'atto giuridico. Giuffrè-ed. Milano, 1941.

(15) V. POUND, Roscoe. Giustizia —Diritto— Interesse. Il Mulino, Bologna, 1962, págs. 134, 135. POUND, Roscoe, Lo spirito della Common Law. Giuffrè-ed., Milano, 1970, págs. 142 y 143. POUND, Roscoe, Contemporany Juristic Theory, 1940, I.toJ. London, 1972.

(16) Así lo hacen: STOLL. Role of concepts in Theory. Jurisprudence of Interests, Harvard, 1948, pág. 153. COING, La Giurisprudenza sociologica e la situazione del diritto privato in Germania, Nuova Rivista di diritto commerciale, diritto dell'Economia e diritto sociale, IV, 1951, vol. 4, Cedam, Padova, 180. HECK, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. R. Dubischar, Berlín, 1968, pág. 144. MARIN, Pascual, Manual de Introducción a la ciencia del derecho. Bosch-ed. Barcelona, 1969, pág. 87, BATTIFOL, Henri, Filosofía del derecho. Editorial Universitaria de Buenos Aires, pág. 45.

(17) OERTMANN, Paul. Interests and Concepts. Jurisprudence of Interests. Harvard, 1948, págs. 59, 60.

(18) El profesor Antonio Rojas, de la Universidad de Costa Rica, acogiendo la tesis de Santi Romano considera la acción como una potestad, entendida como una manifestación de capacidad, como un poder atribuido por el Ordenamiento a una persona. ROJAS, Antonio. Teoría general del proceso. Facultad de Derecho, Tesis VIII, pág. 2. El profesor Gian Antonio Micheli, de la Universidad de Roma la ve como un poder de iniciativa (MICHELI, Gian Antonio. Corso di diritto processuale civile, Giuffrè-ed., Milano, 1959, tomo I, pág. 12) entendido como poder instrumental cuyo ejercicio está dirigido a obtener del juez una resolución sobre la demanda y cuya existencia está subordinada a la subsistencia de determinados elementos. MICHELI, op. ult. cit., pág. 17. Sobre estos requisitos v. BAUDRIT, Fernando. Apuntes sobre la llamada excepción de falta de personería ad causam. Notas escritas en 1953. También PINTO, Alvaro. Los presupuestos procesales y las excepciones en el Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica. Revista de Ciencias jurídico-sociales. Vol. 1. No. 1 marzo de 1956 y COTO ALBAN, Carlos Manuel. Las excepciones en el proceso civil. Revista del Colegio de Abogados. Tomo XVII, número 4, año 1961 y COTO ALBAN, Carlos Manuel. El derecho de defensa en el proceso civil. Tesis. Sobre los tipos de acciones v. ROJAS, Antonio. Criterio y formas de nuestros procesos civiles de ejecución. Revista de Ciencias Jurídicas. No. 11, julio de 1968. V. tamb. PICADO, Antonio. Explicación a las reformas del Código de Procedimientos Civiles, Imprenta Nacional, 1937, págs. 5 y ss. CERRILLO QUILEZ. Manual de Jurisprudencia sobre Derecho Procesal. Editorial Jurídica Española, Barcelona, págs. 10 a 14.

(19) CAPITANT, Henri, Vocabulario Jurídico. Depalma, Buenos Aires, 1973, pág. 476.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Capitant resulta objetable en cuanto la eficacia que se persigue con la acción en examen no es meramente de orden declarativo; no se trata simplemente de declarar un derecho preexistente. Para tal efecto declarativo bastaría la certificación del Registro Público que, como es sabido, es un acto declarativo. La sentencia que declara con lugar (o sin lugar la reivindicación no declara simplemente una titularidad, sino que determina una situación de certeza autónoma, independiente de que exista una relación de conformidad o de falta de conformidad con la situación jurídica preexistente. Se trata de lo que Falzea denomina *"eficacia preclusiva"* caracterizada precisamente por los rasgos antes mencionados (20).

Más correctas nos parecen las formulaciones de Marcel Planiol y de don Alberto Brenes Córdoba:

> *"La reivindicación es la acción ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa, pretendiéndose propietaria de ella. La reivindicación se funda, pues, en la existencia del derecho de propiedad, y tiene por objeto la obtención de la posesión"* (21).
> *"La reivindicación es la acción por medio de la cual una persona reclama la restitución de un objeto que le pertenece, o el libre goce de alguno de los derechos que la propiedad comprende"* (22).

FINALIDAD.

La finalidad de la acción reivindicatoria es precisamente lo que se denomina "restitución". Se ha considerado que la acción de reivindicación tiene la finalidad de hacer conseguir al propietario la posesión definitiva de la cosa con todos sus incrementos (cum omni causa), por lo que la acción es ejercitada por quien se pretende propietario y no está en la posesión del bien; como típica acción real ella se dirige contra cualquiera que tenga la cosa: "ubi rem mean invenio, ibi vindico" (23).

Los profesores Colin y Capitant expresan la finalidad de la acción reivindicatoria en los siguientes términos: *"tiene por objeto afirmar el derecho de dominio, para, fundándose en él, recobrar la cosa objeto del mismo que se halla poseída o detentada por un tercero sin derecho para ello"* (24).

FUNDAMENTO.

El fundamento teórico de la acción reivindicatoria se encuentra en lo que la doctrina ha denominado "poder de seguimiento" y en la "inherencia" del derecho a la cosa. Estos atributos son propios de los derechos reales en general (25).

El fundamento legal de la acción se encuentra en la disposición según la cual *"todo propietario tiene la facultad de reclamar en juicio la cosa objeto de su propiedad y el libre goce de todos y cada uno de los derechos que ésta comprende";* así lo ha afirmado nuestra jurisprudencia (26).

CARACTERES Y REQUISITOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA.

Como caracteres que permiten delinear aproximativamente esta acción podemos mencionar: que es una acción que tiene por fundamento el dominio que cada uno tiene sobre las cosas particulares, que la ejerce el propietario y que requiere la pérdida (material) de la posesión de la cosa objeto de la reivindicación; se trata de una pérdida del llamado "corpus posesorio" (27).

Los requisitos de la acción para que sean capaz de prosperar en sentencia son de tres tipos:

a) Con relación al actor: éste debe demostrar la cualidad de dueño y, más genéricamente, su preferente derecho.

b) Con relación al demandado: debe demostrarse la cualidad de poseedor.

En esta materia debe distinguirse entre dos situaciones:

i) formalmente, la legitimación como presupuesto procesal se satisface con la mera tenencia,

ii) sustancialmente, esto es, para que la acción sea eficiente es necesario que la detentación esté privada de una prerrogativa o titularidad que sea oponible como excepción al actor.

---

(20) FALZEA, Angelo. Op. cit., supra 1, pág. 346.

(21) PLANIOL, Marcel. Tratado elemental de derecho civil. Ed. Cajica. México, 1955, pág. 141.

(22) BRENES, Alberto. Tratado de los bienes. Editorial Costa Rica, San José, 1963, pág. 63, v. tamb. SALA PRIMERA CIVIL, No. 502 de 8:20 hrs. de 14 de noviembre de 1975.

(23) TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di diritto civile. Cedam, Padova. 1971, pág. 457.

(24) COLIN Y CAPITANT. Curso elemental de derecho civil. Reus-ed. Madrid, 1961, tomo II, vol. II, pág. 937.

(25) MESSINEO, Francesco. Manuale di diritto civile e commerciale. Vol. II, Giuffré-ed., Milano, 1965, pág. 458.

(26) SALA DE CASACION, No. 30 de 15:40 hrs. de 6 de abril de 1960. Consid. IV, pág. 568.

(27) VALIENTE NOAILLES, Luis. Derechos Reales. Depalma. Buenos Aires, 1958, pág. 558.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

c) Con relación a la cosa: es indispensable su cabal identificación. Es absolutamente necesario que no exista duda alguna de que la propiedad que se reclama es coincidente con la cosa que se encuentra bajo la tenencia del demandado. En este aspecto son determinantes las indicaciones contenidas en el título del actor. A falta de indubitable coincidencia la acción no puede prosperar (28).

Veamos separadamente estos tres requisitos:

a) SUJETO LEGITIMADO ACTIVAMENTE:

Se encuentra legitimado activamente quien tenga la preferente titularidad sobre el bien, exigiéndose por ello, necesariamente, el carácter de dueño en quien reclama.

En este sentido se expresó en una sentencia de nuestra Sala de Casación: *"Que, de otro lado, bien se comprende que si el actor rehusó recibir la escritura de la finca que obtuvo mediante cambio, autorizando al demandado para que la otorgara a favor del tercero que él indicó, la finca número... salió de su patrimonio y la adquirió el demandado legítimamente, de modo que si este último la obtuvo, mediante justo título como lo es la permuta consentida por el actor, a partir de tal adquisición, este último no podía ejercitar la acción reivindicatoria, la cual está atribuida al dueño de la cosa, carácter que no tiene el actor en cuanto a la finca que reclama y por lo mismo no se ha infringido el artículo 320 del Código Civil"* (29).

b) SUJETO LEGITIMADO PASIVAMENTE:

La acción puede dirigirse contra el que sea actualmente poseedor del bien o contra el que habiéndolo sido haya transmitido dolosamente la cosa.

Debe aclararse, sin embargo, como lo ha hecho nuestra jurisprudencia que no resulta procedente la acción si el demandado tiene título. En este sentido se ha observado: *"Al decir el artículo 320 del Código Civil que tal acción puede dirigirse contra todo el que posea como dueño, debe entenderse que tal supuesto se refiere al que sin título detenta la propiedad de otro"* (30).

Sobre el tema se ha explicado que: *"legitimado pasivamente es aquel que posee o detenta la cosa. Basta, por otro lado, que esta situación subsista en el momento de la demanda judicial: la ley quiere impedir que el demandado ceda a otros la posesión de la cosa para poder excepcionarse en el sentido de que ha llegado a faltar una de las condiciones de la acción y ser así absuelto. Por ello, la ley admite que la demanda pueda proseguir aun contra quien 'dolo desiit possidere' (fictus possessor). En este caso la acción puede no tener el efecto restitutorio de la posesión que le es propio: el demandado está obligado a recuperar la cosa para el actor a propios costos y, a falta, a corresponderle el valor y además a resarcirle el daño. Se entiende bien que el propietario puede dirigirse también contra el nuevo poseedor para obtener la restitución directamente de este último"* (31).

Se ha observado al respecto que la acción de reivindicación no puede experimentarse sino contra aquel que posee la cosa, porque tendiendo ella a obtener la restitución, ésta no podría hacerse por quien no posea la cosa. Si, sin embargo, el poseedor, después de que se le notificó la demanda judicial, hubiese cesado de poseer la cosa, debe recuperarla para el actor a costo propio y, no pudiendo, debe pagar su valor; de otro modo sería fácil sustraerse a la acción; el actor puede, naturalmente, preferir proponer la acción contra el nuevo poseedor. En este sentido es terminante el artículo 321 del Código Civil: *"También procede la acción reivindicatoria contra el que poseía de mala fe y*

---

(28) Sobre estos tres requisitos fundamentales de la acción reivindicatoria, puede consultarse CARBONNIER, Jean, Derecho Civil, Tomo II, vol. I, Bosch-Barcelona, 1961, pág. 155. También una reciente sentencia de nuestra Sala Primera Civil los recoge diciendo: *"Para el ejercicio de la acción reivindicatoria es necesario que se den tres requisitos: con respecto al actor, sólo el propietario puede establecer la acción; en cuanto al demandado: es necesario demostrar que posee la cosa con animus domini, sea como dueño o con la intención de llegar a serlo. . .; finalmente, con respecto a la cosa, ésta debe estar bien determinada"* SALA PRIMERA CIVIL, No. 502 de 8:20 hrs. de 14 de noviembre de 1975.

(29) SALA DE CASACION, 15 hrs. 6 de marzo de 1951, tomo único. I sem. pág. 217.

(30) SALA DE CASACION, No. 22 de 16:15 hrs. de 11 de marzo de 1953, tomo I, I sem. pág. 478. En el mismo fallo se explica: *"si está reconocida la legitimidad del título conque se posee una finca, es improcedente la acción reivindicatoria, puesto que esta puede dirigirse contra el que sin título detenta la propiedad de otro"*.

(31) TORRENTE, Andrea, Manuale di diritto privato. Giuffrè-ed., Milano, 1968, pág. 229.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ha dejado de poseer; y aunque el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor, tendrá las obligaciones y responsabilidades que corresponden al poseedor de mala fe, en razón de frutos, deterioros y perjuicios".

c) IDENTIFICACION DE LA COSA:

La cosa objeto de esta acción debe estar claramente identificada. El título que sirve de base al reclamo debe coincidir materialmente con la cosa reclamada (32).

Si falta una cabal identificación del bien, la acción debe desestimarse. En caso de duda sobre la identidad entre el bien (que indica el título del actor) y la realidad material (sobre la cual se pretende hacer valer el derecho) no puede prosperar la reivindicación. Así, se ha dicho, por ejemplo que *"no puede prosperar una acción sobre reivindicación de una finca que se supone indebidamente incluida en otra, si las ubicaciones de ambas fincas resultan ser distantes"* (33). Del mismo modo, en otro fallo se expresó que para ejercitar la acción reivindicatoria con éxito, el que de ella hace uso debe demostrar cumplidamente no sólo que tiene el dominio sobre el bien, sino también su identificación, para lo cual es menester fijar con exactitud su situación (34). Para este efecto son determinantes las indicaciones contenidas en el título, tales como los datos de orden geográfico en el caso de los bienes inmuebles.

Hemos hablado de la necesidad de indubitable coincidencia entre el bien reclamado y el bien que se encuentra bajo la posesión del accionado por cuanto en materia como la presente sólo la absoluta certeza puede determinar un pronunciamiento judicial favorable para la acción que se intente. En este sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia: *"Es dudoso que en la finca No.* x *se halle incluido el terreno* y *con duda de esa naturaleza la acción no puede prosperar, porque las ubicaciones resultan distantes"* (35).

LA ACCION REIVINDICATORIA. PRESCRIPCION.

Expresa el artículo 320 del Código Civil: *"La acción reivindicatoria puede dirigirse contra todo el que posea como dueño y subsiste mientras otro no haya adquirido la propiedad de la cosa por prescripción positiva".* De este modo, sólo en el caso de que a la inercia del titular se acompañe una actividad positiva de otro sujeto que merezca tutela jurídica el dominio se transfiere coactivamente (36). Esta disposición ha sido aclarada por nuestra jurisprudencia en el sentido de que *"el derecho del propietario para reivindicar lo suyo puede contrarrestarse por el transcurso del tiempo cuando otra persona reúna las condiciones necesarias para que se produzca la prescripción positiva, todo lo cual significa que es inoperante alegar prescripción negativa contra una acción reivindicatoria, pues ésta es imprescriptible, como lo es también el derecho de propiedad"* (37). En el mismo sentido se manifiesta la doctrina. Concretamente, Messineo afirma que *"la acción de reivindicación es imprescriptible, salvo los efectos de la adquisición de la propiedad por parte de otros, por fuerza de la usucapión"* (38). Análogamente afirma don Alberto Brenes Córdaba que *"la facultad de reivindicar no se pierde sea cual fuere el tiempo que transcurra sin ejercitarse, siempre que otro no haya consolidado la propiedad de la cosa mediante la prescripción adquisitiva"* (39); por ello, como bien lo ha aclarado nuestra jurisprudencia *"si el poseedor de un inmueble pretende hacer valer el tiempo de posesión para oponerse a la acción reivindicatoria, el único recurso que tiene es el de alegar la prescripción positiva, siempre y cuando reúna los demás requisitos que la ley exige para ello"* (40).

Debe aclararse que también la acción reivindicatoria puede resultar contrarrestada cuando el actual propietario haya adquirido de buena fe el bien de persona que aparecía como titular de la propie-

---

(32) V. SALA DE CASACION, No. 81 de 10:30 hrs. de 3 de agosto de 1954. Tomo II, segundo semestre, pág. 258.

(33) SALA DE CASACION, 9:40 hrs. de 10 de octubre de 1945, II sem. tomo único, pág. 691.

(34) SALA DE CASACION, 10 hrs., 14 de octubre de 1938, II sem. tomo único, pág. 1884.

(35) SALA DE CASACION, op. cit., supra 33.

(36) Sobre el tema en general v. PEREZ, Víctor. La prescripción negativa y la caducidad en el Derecho civil costarricense. Revistá de Ciencias Jurídicas. Junio-set-dic. 1974, pág. 363.

(37) SALA DE CASACION, No. 47 de 16:30 hrs. de 23 de mayo de 1973.

(38) MESSINEO, op. cit., supra 25, pág. 459.

(39) BRENES, op. cit., supra 22, pág. 64.

(40) Así: SALA DE CASACION, sentencias: No. 47 de 16:30 hrs. de 23 de mayo de 1973, No. 61 de 15:20 hrs. de 23 de enero de 1974 y No. 4 de 14:20 hrs. de 8 de enero de 1975.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

dad sobre el mismo en el Registro Público en atención a los principios de publicidad inmobiliaria (41).

LA PRUEBA DE LA REIVINDICACION.

a) En cuanto al actor:

La prueba fundamental que debe aportar el actor es la de su titularidad sobre el bien que reclama. En razón de ello está obligado a probar que tiene título y que su título corresponde a la materialidad que reclama. La reivindicación es la acción que se concede al propietario para que recupere la cosa de quien la posee. La carga de la prueba del derecho de propiedad pesa sobre su titular. Al reivindicante no le basta demostrar que el demandado no es propietario; si no demuestra su derecho la cosa debe dejarse en manos del poseedor, lo mismo que si no demuestra la correspondencia entre su derecho y la materialidad reclamada (42). Debe además demostrar que el demandado posee el bien que se reclama (43).

b) En cuanto al demandado:

La posición del demandado en cuanto a la prueba es más cómoda que la del actor, *"el puede limitarse a decir 'possideo quia possideo' y esperar tranquilamente que el actor pruebe su derecho"* (44).

Esta diversa posición de las partes en cuanto a la prueba en materia de reivindicación ha sido resumida claramente en una sentencia de nuestra Sala de Casación en los siguientes términos: *". . .la pretensión de las sucesiones actoras sobre propiedad exclusiva en el lote que ocupa la demandada, por falta de prueba del correspondiente derecho, no puede prosperar, pues tratándose de una acción reivindicatoria respecto a un inmueble, debió aportarse título inscrito del mismo (artículo 267 del Código Civil y sentencia de Casación de 2 y 30 p.m. de 27 de junio de 1933). A cargo de la parte actora, según lo establece el artículo 719 del Código Civil estaba la necesaria demostración del fundamento de sus peticiones y no es buen argumento, la misma falta de prueba en cuanto a la demandada, porque ésta se limitó a contestar negativamente la acción, y en tales condiciones, nada tenía que probar de modo obligado"* (45).

EFECTOS DE LA REIVINDICACION.

Messineo resume las consecuencias de la reivindicación en los siguientes términos: *"Efecto de la reivindicación --cuando se obtiene— es que el poseedor debe reintegrar al propietario (restitutio in integrum) en la posesión de la cosa, con todo accesorio: cum omni causa (función también restitutoria); el poseedor es privado del derecho en la posesión (ius possidendi): o sea, no tiene más derecho de continuar poseyendo; ello, como consecuencia de la constatación positiva del (preferente) derecho del reivindicante"* (46).

Además del efecto principal antes mencionado es necesario analizar algunas específicas consecuencias de la acción reivindicatoria en cuanto a frutos y mejoras.

Se dice que *"la acción reivindicatoria le permite al propietario reclamar la cosa, los productos y los frutos"* (47). Esta afirmación debe matizarse en consideración a un elemento de orden subjetivo: la buena o mala fe de la posesión.

Así, el propietario no puede reclamar los frutos que el poseedor de buena fe haya percibido. En cambio, *"el poseedor de mala fe está en la obligación de devolver los frutos que haya percibido y los que dejó de percibir por su voluntad, descuido o negligencia; y aun aquellos de que se aprovechó un tercero a quien le transmitió la cosa ajena. Es responsable además de todos los deterioros. . ."* (48).

En cuanto a las mejoras ya ha sido suficientemente aclarado que *"si los demandados son poseedores de buena fe, pues adquirieron la finca de quien aparecía como dueño de ella, tienen derecho a que se les pague el valor de las mejoras útiles y necesarias"* (49). Del mismo modo, en un caso pa-

---

(41) Así BRENES, op. cit., supra 22, pág. 65.

(42) En este sentido TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato, Giuffrè-ed., Milano, 1973, pág. 509. También TRABUCCHI, op. cit., supra 23, pág. 457.

(43) SALA DE CASACION, No. 10 de 12 de enero de 1962.

(44) Así TORRENTE, op. cit., supra 31, pág. 299.

(45) SALA DE CASACION, No. 117 de 15 hrs. de 19 de diciembre de 1951. Tomo II, II sem. pág. 1482.

(46) MESSINEO, op. cit., supra 25, pág. 458.

(47) MAZEAUD, cit. p. SOTELA en BRENES, op. cit., supra 22, pág. 64.

(48) BRENES, op. cit., supra 22, pág. 68.

(49) SALA SEGUNDA CIVIL, No. 390, de 15:10 hrs. de 13 de noviembre de 1974.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ralelo se expresó que las inversiones, trabajos y plantaciones incorporadas a la finca deben ser objeto de resarcimiento, *"porque si no fuera así, se auspiciaría un enriquecimiento injusto, con evidente lesión patrimonial de los intereses del poseedor"* (50). A modo de ejemplo de lo que se ha considerado como mejora reembolsable en nuestra jurisprudencia podemos mencionar los potreros. *"Los potreros que los demandados hicieron en la finca reivindicada constituyen mejoras realizadas que vienen a darle mayor valor a la finca, valor que es reembolsable a los poseedores reivindicados"* (51). También lo son las construcciones (52).

Mientras no se produzca el pago correspondiente existe a favor del poseedor reivindicado un derecho de retención (53).

Las consecuencias legales derivadas de la mala fe en un juicio de reivindicación corren solamente a partir de la notificación de la demanda (54).

Importantes consecuencias derivan de la reivindicación en lo que atañe a los daños y perjuicios. Ellas están también determinados por el juicio de valor (buena o mala fe) que se emita sobre el carácter de la posesión.

Sobre estas bases ha expresado en nuestra jurisprudencia que *"si la demandada es sin lugar a dudas poseedora de mala fe, en razón de haber privado indebidamente al actor del derecho de posesión que adquirió por medio de escritura pública, debe restituirle a éste la posesión que le usurpó y pagarle los daños y perjuicios que le ocasionó con su acción ilegítima"* (55).

La indemnización en análisis adquiere mayor fundamento cuando deriva de una imposibilidad de restitución. Así: *"en el supuesto de que el accionado, por cualquier motivo, entre otros el haberla vendido, no pueda restituir la finca objeto de reivindicación, entonces como sucedáneo , quedará obligado al pago de los respectivos daños y perjuicios "* (56).

EN PARTICULAR SOBRE EL PROBLEMA DE CONFLICTO REIVINDICATORIO CON PLURALIDAD DE TITULOS.

Hemos ya observado como uno de los requisitos esenciales para la procedencia de la acción reivindicatoria es que la titularidad del bien pertenezca en forma indubitable y exclusiva al actor. Este requisito, teóricamente claro, puede matizarse en la realidad cuando el demandado también presenta título de propiedad igualmente inscrito en el Registro Público. No se discutirá entonces quién es el propietario, pues formalmente ambos sujetos, actor y demandado ostentan la titularidad sobre el bien; el problema que se presenta es el de determinar a quién corresponde la preferente titularidad, pues, siendo el derecho de propiedad un derecho exclusivo, en cuanto la titularidad plena corresponde según los valores circunstanciales vigentes— solamente a un sujeto, es necesario determinar a quién corresponde el mejor derecho.

Como es usual en las hipótesis de conflictos jurídicos de intereses, ha habido en doctrina y jurisprudencia dos posiciones sobre el problema:

Por un lado la tesis, antiguamente sostenida por los proculeyanos, conservadora, según la cual debe darse preferencia al título más antiguo.

Por otra parte, la tesis que podríamos denominar "de avanzada", sostenida en la antigua Roma por los sabinianos que enseñaban que en tal caso debía darse la preferente titularidad a quien tenía la posesión del bien, demostrando con ello la actualidad de su interés.

En el derecho moderno el conflicto entre proculeyanos y sabinianos se repitió en algunas sentencias de principios de siglo en diversos países: Colin y Capitant nos cuentan que *"algunas sentencias profesaban la opinión simplista de que el más antiguo debe triunfar. Pero la opinión que ha prevalecido es más racional"*, para concluir con el derecho preferente que revela "la posesión actual" del que también es titular.

---

(50) SALA PRIMERA CIVIL, No. 237 de 8 hrs. de 6 de agosto de 1974. En otro fallo se expresó: *"Si la posesión mantenida por los demandados fue siempre de buena fe, procede reconocer el derecho que tienen los reconventores al pago de las mejoras existentes ya efectuadas y el derecho de retención sobre las mismas"*. SALA PRIMERA CIVIL, No. 173 de 9 hrs. de 22 de junio de 1973.

(51) SALA DE CASACION, No. 144 de 1954, II sem. II tomo, pág. 1189.

(52) SALA DE CASACION, No. 21 de 1967, I sem. I tomo, pág. 369.

(53) SALA DE CASACION, No. 118 de 1962, II sem. II tomo, pág. 836.

(54) SALA PRIMERA CIVIL, No. 258 de 31 de agosto de 1973.

(55) SALA PRIMERA CIVIL, No. 64 de 9 hrs. de 15 de marzo de 1974.

(56) SALA PRIMERA CIVIL, No. 258 de 31 de agosto de 1973.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

A partir de la revolución iniciada por Rodolfo Ihering y la tendencial superación del formalismo (57) (se ha afirmado que debemos desterrar de nuestra ciencia todo formalismo, pues ella es ciencia de la vida y no de los conceptos) la doctrina jurídica se ha encaminado en la dirección de la tutela de los intereses efectivamente existentes, dando preferencia a quien, además de cumplir el requisito formal de la titularidad registrada, efectivamente ejerce los atributos del dominio, revelándose en ello la actualidad de su interés.

Ya en el Derecho romano se había contemplado la posibilidad de que el demandado de reivindicación fuera el "verus dominus"; en este caso, la reivindicación pretoria tropezaba con la excepción justii dominii (58).

Sobre la solución doctrinal para el problema en examen Carbonnier expresa: *"Antes se daba preferencia al título más antiguo —sentencias de 1895 y 1898—. La orientación de conjunto de las resoluciones más frecuentes es, en cambio, la de dar preferencia al título mejor, habida cuenta de las circunstancias"* (59).

Análogamente se pronuncian los maestros Colin y Capitant: "A *posee,* B, *que no ha poseído nunca reivindica; presenta título, pero* A *presenta otro; se plantea el conflicto entre dos títulos... Dos títulos contradictorios se neutralizan por lo que corresponde a los jueces fallar según las circunstancias de la causa"* (60).

¿Cuáles son estas circunstancias que se deben tomar en cuenta? Ellas se refieren a la propiedad **efectiva,** revelada por la posesión. Así lo admite la doctrina: *"Si las dos partes presentan títulos de propiedad que emanan de personas distintas, el demandado debe ser mantenido en la posesión"* (61). También en este sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia: *"El problema de títulos repetidos sobre un mismo inmueble, aun los convalidados por la prescripción, no puede menos de resolverse dando la preferencia a quien ostenta completos los atributos del dominio, en el caso la posesión. Así lo han acordado numerosas sentencias de esta Corte"* (62).

La jurisprudencia extranjera mantiene idéntica posición: *"Cuando el demandado tiene también título la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha declarado que hay que probar el dominio actual"* (63).

La razón de esta tutela preferente del poseedor en el caso de títulos repetidos sobre un mismo inmueble es resumida por Pugliatti en el sentido de que *"la actividad productiva se prefiere sobre la simple titularidad formal"* (64).

Estas conclusiones pueden ser consideradas como una aplicación de la metodología real-objetiva a la que hicimos referencia en la introducción del presente estudio.

*****

(57) V. ASCARELLI, T. Dispute metodologiche e contrasti di valutazione, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1953, I, págs. 197 y ss. MIGLIORI, Paolo, Tendenze verso il diritto libero nella letteratura giuridica odierna, Riv. Int. Fil. Dir. anno XII, Roma, 1932. WHITE, Morton. La rivolta contro il formalismo, Mulino, Bologna, 1956.

(58) NERACIO, 17, D, del public. in rem. act. VI, 2. cit. p. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 24, pág. 945. Esta solución ha tenido implícitas manifestaciones aisladas en nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo: *"Ante el título inscrito por el actor en el Registro de la Propiedad el demandado debió demostrar título de igual calidad"*. SALA DE CASACION, No. 124 de 1967, II tomo, pág. 1108.

(59) CARBONNIER, op. cit., supra 28, pág. 403.

(60) COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 24, pág. 948.

(61) CAS. FR. 12 nov. 1908, I, 313, PLANIOL op. cit., supra 21, pág. 143.

(62) SALA DE CASACION. 15:30 hrs. del 25 de setiembre de 1974. No. 132.

(63) TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sentencia de 27 de noviembre de 1912.

(64) PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà e le proprietà. La proprietà nel nuovo diritto, Giuffrè-ed., Milano , 1964, pág. 267.

Sección II: Reseña legislativa extranjera.

JURISDICCION DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, CON ESPECIAL CONSIDERACION DE LOS SISTEMAS ITALIANO Y ESPAÑOL*

Dr. Antonio Agúndez Fernández.
Magistrado del Tribunal Supremo de España.

CONTENIDO:

I. Principales aspectos del Derecho Procesal Agrario 134
A) El proceso agrario 134
B) Criterios de Justicia agraria 134
II. Tribunales de Arrendamientos rústicos 134
A) Panorámica general 134
B) Tipos de tribunales 135
III. Sistema italiano. 136
A) Antecedentes históricos y normas vigentes 136
B) Competencia, tribunales y procedimientos 136
C) Apreciaciones críticas. 137
IV. Sistema español. 137
A) Antecedentes históricos y normas vigentes 137
B) Competencia, tribunales y procedimientos 138
C) Apreciaciones críticas y orientaciones para una futura reforma. 139
Apéndice 140

*Comunicación para las "2e. Giornate Italo-Spagnole Di Diritto Agrario; Pisa, Sassari e Alghero 23-26 Maggio 1975".

I. PRINCIPALES ASPECTOS DEL DERECHO PROCESAL AGRARIO.

A) El Proceso Agrario.

Siempre que nos disponemos a investigar sobre los varios y complejos temas del mundo jurídico agrario se nos viene a los puntos de la pluma la frase del inolvidable profesor Giorgio del Vecchio: *"La paz legendaria de los campos debe ser una paz laboriosa, y a la labor de los agricultores, iluminada por la técnica, debe corresponder la de los legisladores, iluminada por la Justicia"* (1).

Sin duda alguna y en lo que afecta a la defensa de los intereses de los agricultores, aparece prontamente la consideración de la necesidad del instrumento jurídico "proceso" para, realizando la aplicabilidad del Derecho, mantener la convivencia humana y asegurar el triunfo de la paz social mediante la intervención encauzadora, con garantías de equidad, del juez encargado de regirlo y finalmente dictando la resolución definitiva del litigio. Los pleitos surgen cada día en torno a las relaciones jurídicas agrarias, y por las especiales características de las cuestiones sustantivas debatidas, asimismo presentan caracteres peculiares muy distintos de los observados en los demás pleitos, y esto presupone que los derechos afectados por las relaciones agrarias exijan paralelamente un tratamiento apropiado para garantía, defensa y seguridad de quienes participan, según sus distintas facetas, en la empresa agraria.

El proceso agrario tiene unas características específicas que le imponen un sistema unificador de todos los conflictos conectados con la hacienda rural, sirviendo de bases doctrinales para dentro del Derecho Agrario dedicar una de sus partes, y no la menos principal, al Capítulo rotulado de Derecho Procesal Agrario. Sintéticamente señalemos ahora tales características: a) Políticas, como el entrecruzamiento de instituciones civiles y administrativas; b) Sociales, dado el fuerte e irreversible matiz sociológico que se va imponiendo en las estructuras rurales, ciudadanas, culturales y migratorias; c) Económicas, según revelan las sustantivas interrelaciones de productividad, industrialización y comercio; y d) Procesales, estrictamente, por exigirse condiciones de concentración y sencillez, economía y brevedad, inmediación, igualdad de trámites procedimentales y la plenitud jurisdiccional.

B) Criterios de Justicia Agraria.

La protección de los derechos subjetivos está garantizada por las instituciones públicas que cada Estado organiza, y en lo que ahora interesa de sus tribunales y procesos agrarios, atendiendo a los condicionamientos históricos, la complejidad de asuntos, el número de litigios, la situación económica, la demarcación geográfica y la índole más o menos rural del país; armonizándose todos estos factores en el respectivo sistema de Justicia Agraria. En algunas naciones están atribuidos a la jurisdicción ordinaria todos los conflictos agrarios, lo mismo entre particulares que entre particulares y entidades administrativas. En otras se atribuyen a la jurisdicción ordinaria únicamente los litigios agrarios surgidos entre personas privadas, mientras los de naturaleza pública corresponden a competencia, primero de órganos administrativos, y después mediante ejercicio de recurso a la jurisdicción contencioso-administrativa; como asimismo ésta puede estar incardinada en el Poder Ejecutivo o en el Judicial. En algunas naciones los litigios resueltos por órganos administrativos son impugnables directamente ante la jurisdicción ordinaria. Hay sistemas en que todos los pleitos sobre problemas agrarios, públicos y privados, son decididos por tribunales agrarios pertenecientes a jurisdicción especial; y está muy generalizado el sistema mixto de jurisdicción especializada dentro de la ordinaria. Pero, indudablemente, la última palabra, la sentencia final, deberá pronunciarla siempre un tribunal judicial de máximo rango por sus condiciones de independencia, imparcialidad y preparación tanto científica como jurídica.

II. TRIBUNALES DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS.

A) Panorámica General (2).

Podemos afirmar que en la mayoría de los Estados la denominación de tribunal agrario es sinónima de tribunal de arrendamientos rústicos, porque ésta es su principal materia de competencia.

---

(1) VECCHIO, Giorgio del: Sobre el Derecho Agrario. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, noviembre 1952. Pág. 543.

(2) AGUNDEZ, Antonio: Tribunales Agrarios. Revista de Estudios Agro-Sociales. Madrid, abril-junio 1951. Págs. 39-63.

Los orígenes doctrinales del Derecho Agrario nos enseñan que las instituciones básicas de su contenido son las de contratos sobre tenencia de la tierra: Arrendamientos, enfiteusis, censos, foros, aparcerías, colonatos y todas las más diversas formas, primero de hecho y luego jurídicas, que a través de siglos de historia ha ido el hombre cultivando las tierras de ajena pertenencia. Los tribunales que resuelven los litigios suscitados entre las partes intervinientes en estos contratos se califican, en términos generales, como de arrendamientos rústicos.

B) Tipos de Tribunales.

Siguiendo los criterios antes expuestos sobre Justicia Agraria es fácil distinguir tribunales especiales, tribunales especializados, tribunales de jurisdicción ordinaria y tribunales administrativos.

El caso típico de tribunal especial es el inglés, regido por la "Agricultura Act" de 1958, que estableció tribunales agrarios como órganos jurisdiccionales de primera instancia y sede regional según las ocho divisiones del territorio británico. Cada tribunal se compone de presidente, que es un jurista abogado o procurador elegido para tres años de ejercicio, y de dos miembros legos en derecho, arrendatario y propietario representantes de los intereses en litigio, designados para cada pleito concreto (3). Análogo es el sistema de Filipinas, con tribunales de primera instancia denominados de Relaciones Agrarias y, de carácter unipersonal, distribuidos por los sendos quince distritos regionales; regulados por la Ley de 8 de Agosto de 1963 modificadora en algunos extremos de la 30 de agosto de 1934. Las respectivas competencias son sobre arrendamientos rústicos, y la segunda instancia corresponde a los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

El sistema de tribunales especializados ha sido aceptado por Francia, Alemania Federal, Holanda e Italia. Aún cuando con ligeros matices del respectivo supuesto son tribunales incardinados, pertenecientes, al oficio judicial. Se trata de órganos colegiados, cuyos presidentes son miembros de la Judicatura y los vocales, que con ellos constituyen el tribunal, representan los intereses de propietarios y arrendatarios, en unos casos simplemente prácticos y en otros con conocimientos de ciencias y técnicas agronómicas. Mientras en Francia únicamente son para la primera instancia, en los demás Estados la competencia se extiende a los recursos superiores decididos por tribunales igualmente especializados. En Francia rige el Decreto de 22 diciembre de 1958, en Holanda la Ley de 23 enero también de 1958, y para Alemania Federal la Ley de 21 julio 1953 (4). A Italia dedicamos capítulo aparte.

Los de la jurisdicción ordinaria son los más numerosos. Basta citar las naciones donde existen: Bélgica, España, Grecia, Portugal, Suiza (aunque con alguna excepción cantonal), Argentina, Colombia, México, Uruguay, Rusia y Estados Unidos de América del Norte. Hemos de recordar que, dentro de esta nomenclatura nuestra, tienen régimen especial Rusia, con sus propias particularidades políticas de tribunales populares, Estados Unidos con su armónica coordinación del tribunal federal y de los tribunales de los Estados componentes. De otra parte, en los países iberoamericanos la competencia de los tribunales ordinarios abarca, además de a las cuestiones arrendaticias rurales, a las de expropiaciones, colonizaciones y adjudicaciones de tierras. Los jueces pertenecen a la organización judicial ordinaria, en sus tres grados de primera instancia, Corte de apelación y Tribunal Supremo. Excepto España, después detallada, las legislaciones reguladoras son respectivamente, el Código Judicial de 10 octubre 1967, el artículo 95 de la Constitución griega de 29 septiembre 1968, el Código de Proceso Civil de 28 diciembre 1961 y la Ley de 14 marzo de 1969, las Leyes federales suizas de 6 enero 1944 y 28 noviembre de 1947 (según su "Feuille Federal" de estas fechas), la Ley de 14 junio 1966 en Argentina con el Reglamento de marzo y mayo de 1949, el colombiano Código Judicial de 4 septiembre 1951, en México la Ley de Reforma Agraria de 1971, la Ley uruguaya de 27 marzo de

---

(3) JACKSON, R.M.: The Machinery of Justice in England. Cambridge 1966. Págs. 345-350.

(3) ALLEN, Carlton K.: Agricultural Land Tribunals. The British Journal of Administrative Law. May, London 1958. Pág. 30.

(4) HARMENING, Rudolf: Derecho Agrario Alemán. Información Jurídica. Madrid, enero 1942. Págs. 14-17.

(4) SANTOS BRIZ, Jaime: Organización Actual de Tribunales en Alemania. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Madrid, febrero de 1960, números 472 y 473.

(4) ABENSOUR, E.S.; y MORAL-LOPEZ, P.: Le régime du sol et les formes juridiques de l'entreprise agricole. La Documentation Française. Notes et Etudes Documentaires. Paris, 25 noviembre 1960. Págs. 11 y 12.

1954, en Rusia el Código Agrario de 30 octubre 1922 y la Ley de Tribunales de camaradas de koljoses de 24 octubre de 1959, y respecto a los Estados Unidos Americanos, junto a las normas generales de la Constitución de 17 mayo de 1787 ha de tenerse en cuenta la recopiladora Ley de Agricultura fecha 28 mayo de 1956 (5).

En cuanto a los Tribunales Administrativos es curioso destacar que existen en países de alto nivel socio-económico, como Dinamarca y Noruega, y en los de características tan dispares con terminología de subdesarrollo como en países africanos y asiáticos. Con referencia a los primeros, hemos de advertir que el noventa por ciento de las tierras agrícolas y forestales son cultivadas por sus propietarios, y una pequeña parte por arrendatarios, y que los escasos litigios habidos entre aquellos y estos son decididos por comisiones municipales y provinciales con posteriores recursos ante el Ministerio de Agricultura; rigiendo en Dinamarca la Ley de 7 junio 1952 y en Noruega la de 25 junio de 1965. Bolivia también presenta sistema de tribunales administrativos con sus Jueces Agrarios, que son órganos de la Administración, bajo las leyes de 18 diciembre de 1941 y 2 agosto de 1953. Los Estados de la República Arabe Unida con la Ley para Siria de 27 septiembre 1959, en los indios de Patiola y Punjab Oriental con la Ley de 18 noviembre 1953, Irak por su Ley de 30 de septiembre de 1958 y después la de 21 mayo 1970, Kenia con el Reglamento de 25 enero de 1965 y, finalmente, Malasia rigiéndose por la Ley de 26 septiembre de 1967.

Llámense tribunales, jueces, comisiones o entidades gubernativas, tienen la naturaleza común de mantenerse vinculados estrechamente al Poder Ejecutivo, desde la primera instancia hasta el recurso final decidido por un supremo órgano de la Administración o por el propio Gobierno en que se encarnan las atribuciones estatales.

III. SISTEMA ITALIANO (6).

A) Antecedentes Históricos y Normas Vigentes.

Aparte del dudoso origen visto en los colegios arbitrales creados por el Reglamento de 16 septiembre de 1926, y del más claro contenido en la Ley de 22 de mayo de 1939 sobre comisiones mixtas representativas, el verdadero precedente se encuentra en el Decreto-Ley de 19 octubre de 1944 regulador de los contratos de aparcería, colonia y participación, decidiendo sus litigios las comisiones mixtas de presidente, que lo era el del tribunal de la circunscripción correspondiente, y los vocales representantes de propietarios y colonos.

En observancia del artículo 102 de la Constitución de 27 diciembre de 1947, y tras las vicisitudes de las leyes de 4 y 18 agosto de 1948 y de 3 junio de 1950, fue promulgada la Ley vigente fecha 2 marzo de 1963.

B) Competencia, Tribunales y Procedimientos.

Las materias de competencia de los tribunales agrarios son: Repartimiento equitativo del cánon arrendaticio y del de aparcería, reducción del cánon, devolución del pago indebido, determinación de la composición del cánon, extensión del arrendamiento a todos los cultivadores del fundo, prórroga de los contratos agrarios, finalización del derecho a la prórroga, conversión del cedente en cultivador directo, realización por el cedente de obras radicales de transformación agraria, simultaneidad de titulares arrendaticios de más fincas, adquisición de tierras para que el arrendatario o aparcero cultivador constituya la pequeña propiedad agrícola, construcción en el fundo por el cedente de edificios habitables con la consecuencia de extinguirse la prórroga arrendaticia respecto a los te-

---

(5) AXENIENCK, G.: Derecho Agrario Soviético. Volumen Colectivo, "Fundamentos del Derecho Soviético". Moscú 1962. Págs. 337-368 y 369-403.

(5) GURVICH, M.A.: Derecho Procesal Civil Soviético. México 1971. Págs. 70, 71 y 166.

(5) AGUNDEZ, Antonio: Justicia Agraria en Iberoamérica. Revista de Estudios Agro-Sociales. Madrid, julio-septiembre 1964. Págs. 169-184.

(6) GERMANO, Alberto: Il Processo Agrario. Studio Comparativo sul Diritto Europeo Occidentale. Milano 1973. 180 págs.

(6) ANSELMI, Vittorio: Il Processo Agrario Speciale. Milano, 1967. Págs. 17-60.

rrenos edificados, y resolución del contrato por causas de incumplimiento.

En cuanto a los tribunales, en cada Tribunal de Distrito se constituye una sección especializada agraria compuesta por tres de sus magistrados, con nombramiento de duración anual, y por dos expertos que designa el Consejo Superior de la Magistratura (en su delegación, por el presidente del Tribunal de Apelación), de entre una lista de doctores en ciencias agrarias, peritos y topógrafos, con edad al menos de veinticinco años, tres de inscritos en ellas y de buena conducta, cuya duración del cargo es de dos años. En segunda instancia, la competencia se atribuye a la sección especializada del Tribunal de Apelación, compuesta por cinco magistrados y dos expertos (doctores en ciencias agrarias) nombrados análogamente a los de la sección de primera instancia.

Para el procedimiento de primera instancia, el artículo 5 de la Ley 2 de marzo 1963 remite la formulación de la demanda litigiosa a las normas de los artículos 163 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y la continuidad de los sucesivos trámites a las de los 429 y siguientes del mismo Código; lo cual, en esencia, supone reenvío a la tramitación del proceso individual laboral, que reitera la estructura fundamental del proceso de cognición ordinario con sus características de rapidez, economía de gastos y costas, y mayores poderes del órgano en el orden probatorio. Las dos primeras fases de este procedimiento, alegaciones y pruebas, se realizan por y ante el magistrado de la sección con funciones instructoras, y la tercera fase, de decisión, dictando sentencia la sección especializada con intervención de todos sus miembros. El procedimiento de recurso de apelación procede ante la sección especializada del Tribunal de Apelación, conforme a las normas del proceso de cognición ordinario de los artículos 450 y siguientes del citado Código de Procedimiento Civil.

C) Apreciaciones Críticas.

Las características del tribunal agrario italiano resaltan, respecto a los de las demás naciones, por su íntima conexión con el oficio judicial, con el Poder Judicial; los vocales legos son técnicos en materias agrícolas pero no propietarios ni labradores, y son designados por el Consejo Superior de la Magistratura, órgano supremo judicial. Por lo que hace al proceso, se observa que se han conseguido evidentes ventajas con los trámites sencillos, breves y orales recibidos del Procedimiento Laboral, al cual se remite citada Ley de 1963; liberándolo de los rígidos trámites del juicio civil ordinario, sobre todo por lo referente a la inmediación y facilidad de diálogo tanto entre juez y las partes como entre juez y los testigos y peritos.

IV. SISTEMA ESPAÑOL (7).

A) Antecedentes Históricos y Normas Vigentes.

Sin necesidad de remontarnos a vetustas instituciones como las recordadas por nuestros clásicos autores (los jueces de Aliste, los árbitros de Teruel y el tribunal del asesor de Ibiza y Formentera, entre otros), los conflictos arrendaticios rústicos siempre han sido atribuidos en nuestra patria a los jueces ordinarios, bien los del rey o bien los de señores jurisdiccionales. Mencionemos, como referencia a sus propias competencias, la Provisión de 20 diciembre 1768 suspendiendo el desalojo de los foreros, la de 26 mayo 1770 subordinando los desahucios a previo aviso de continuación o despedida, y las cédulas de 6 diciembre de 1785 y de 8 septiembre 1794 imponiendo a los grandes propietarios el retorno a las fincas para no perder la posesión.

Entre los precedentes más inmediatos tenemos el proyecto de ley de cerramientos de heredades rústicas, de 1834, que dió lugar a que Salustiano Olózaga emitiese un dictamen ante la Sociedad Económica Matritense proponiendo la creación de tribunales de labradores, cuyos miembros serían cultivadores de la tierra —propietarios o colonos—, encomendándoles la misión de resolver los posibles conflictos que surgirían en materia de dominio, posesión y servidumbre con motivo de aplicación de la Ley; pero la propuesta no encontró aceptación para convertirse en norma positiva. En los años 1913 y 1918, el vizconde de Eza y Santiago Alba, respectivamente, abogaron por el establecimiento de tribunales arbitrales de arrendamientos rústicos, el primero, y de tribunales agrícolas presididos por el juez titular del Partido y con dos ju-

(7) CASAS MERCADE, Fernando: Los Arrendamientos sobre fincas rústicas. Barcelona 1965. 750 págs.

(7) GAMBON ALIX, German; y MARTINEZ VALENCIA, Juan: Arrendamientos Rústicos. Comentarios a su reglamentación. Barcelona, 900 págs.

rados representando a propietarios y arrendatarios, según expuso el segundo; e igualmente no llegaron a prosperar sus tesis. En cambio, se promulgó Decreto-Ley el 21 Noviembre de 1929 creando los Comités paritarios de la propiedad rústica para poder conseguir mutuo acuerdo entre propietarios y arrendatarios, y de no lograr avenencia podían las partes acudir al Juez de Primera Instancia del Partido que resolvería sin ulterior recurso.

El Decreto de 7 mayo de 1931 creó, y después la Ley de 27 noviembre siguiente reguló, los Jurados Mixtos de la Propiedad Rústica. Eran presididos por el Juez de Primera Instancia del Partido Judicial correspondiente, y como vocales jurados cinco representantes de las asociaciones de propietarios y otros cinco representando las de arrendatarios; y contra la sentencia definitiva se daba recurso de apelación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Tales Jurados Mixtos fueron suprimidos por la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935. Actualmente todas las cuestiones arrendaticias rústicas corresponden a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, regulándose por el Reglamento de 29 de abril de 1959.

B) Competencia, Tribunales y Procedimientos.

El Capítulo IX de dicho Reglamento de 1959 se titula "De la Jurisdicción en materia de Arrendamientos", con sus artículos 51 a 55; y en el Capítulo XI denominado "De los arrendamientos Protegidos" se dedican sus artículos 106 a 109 para estos así calificados, si bien el último precepto referido remite, en cuanto a ejecución y aplicación, a las normas del 51 antes aludido.

Las materias de competencia son de la mayor amplitud posible: Todas las cuestiones que surjan en la interpretación y ejecución del Reglamento y demás Leyes especiales sobre arrendamientos rústicos, que, sin ánimo exhaustivo, relacionamos: las de calificación del contrato, fijación, revisión y reducción de la renta, la duración de los arrendamientos, los respectivos derechos y obligaciones de arrendador y arrendatario, las reparaciones y las mejoras, sobre extinción, resolución y desahucio, las aparcerías, los arrendamientos colectivos y los arrendamientos denominados protegidos, los supuestos de retractos y aquellos referentes a embargos, intervenciones y aseguramientos de bienes litigiosos.

Los Tribunales que sustancian y deciden los litigios acerca de arrendamientos y aparcerías de carácter rústico pertenecen a la jurisdicción ordinaria: Jueces Municipales y Comarcales, Jueces de Primera Instancia, Audiencias Provinciales, Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales y Salas Primera y Sexta del Tribunal Supremo; distribuyéndose los litigios, entre ellos, conforme a los criterios de competencia por razón de la cuantía, de la naturaleza del asunto debatido y del grado jerárquico impuesto por la primera instancia y los recursos de apelación y de revisión. En el momento presente se encuentra pendiente de articulación la nueva Ley Orgánica de la Justicia, que habrá de conformarse a la Ley de Bases aprobada en 28 de noviembre de 1974. Es fácil suponer que se seguirá la misma línea estructural de los tribunales acabados de referir, si bien, además de mantenerse las competencias en materias de arrendamientos rústicos en las Audiencias Provinciales, y atribuyéndose a las Salas de lo Civil y no a las de lo Penal de Audiencias Territoriales —derogando parcialmente la Ley de 20 junio de 1968— y de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, a tenor de las Bases séptima y novena de la mencionada de 1974, cambia la denominación de los tribunales competentes en primera instancia, pues los Comarcales y Municipales se llamarán de Distrito y los de Primera Instancia serán, simplemente, los de Partido. Los Juzgados de Paz conservarán atribuciones, como hasta ahora, respecto a las cuestiones arrendaticias de Derecho común, es decir del Código Civil, no de las referentes a las leyes especiales.

En cuanto a los procedimientos de arrendamientos rústicos son los de desahucio; vencimiento del plazo; resolución o rescisión del contrato; embargo, intervención y aseguramiento de bienes litigiosos y cosechas; y de los demás juicios no comprendidos antes, entre ellos el de retracto y el de fijación del precio de la finca por acceso del arrendatario a la propiedad en los casos de arrendamientos especialmente protegidos. Según así resulta de los artículos 51, 52 y 106 del Reglamento de 1959. Pero, en esencia, se reducen a tres: el de desahucio; el de embargo, intervención y aseguramiento de cosechas y bienes litigiosos; y el de cognición para los no contenidos en los anteriores; porque, de ellos, como los dos primeros se remiten a las normas respectivas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, únicamente resulta el tercero auténtico proceso especial en materia de arrendamientos rústicos.

Por lo referente a los trámites de sustanciación, los de competencia de Jueces Comarcales y Municipales seguirán los del juicio verbal civil, de los artículos 715-740 de la citada Ley de Enjuicia-

miento con la reforma de la Ley de 23 de julio de 1966. Si corresponde al Juez de Primera Instancia el de desahucio se tramitará por las reglas de los artículos 1589 y 1590 de repetida Ley de Enjuiciamiento, y todos los demás litigios conforme a la norma tercera del artículo 51-4 del Reglamento de 1959; mientras los de embargo, intervención y aseguramiento de cosechas y bienes agrícolas en debate, por los trámites de los artículos 1397-1428 y 1450 de tan repetida Ley de Enjuiciamiento. Contra las sentencias dictadas en juicios de primera instancia proceden los correspondientes recursos de apelación ante el respectivo tribunal superior. Y contra las sentencias dictadas por Salas de Audiencias, que son de la segunda instancia, de asuntos de cuantía no inferior a veinte mil pesetas se da el recurso de revisión, de carácter extraordinario, ante la Sala Sexta del Tribunal Supremo (y después de la reforma inmediata ante la Sala Primera del mismo alto tribunal), según los apartados cuarto a noveno del artículo 52 del Reglamento de 1959.

C) Apreciaciones Críticas y Orientaciones para una Futura Reforma.

Conforme a la tradición legislativa española, la jurisdicción encargada de resolver los litigios sobre arrendamientos rústicos es la de los tribunales ordinarios; atendiendo a las normas de competencia determinadas por los criterios territorial (reglas generales de los artículos 62 y 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de la cuantía litigiosa acomodada a la situación monetaria actual (desde el Reglamento de 1959 al año de 1975), y del orden jerárquico de los tribunales según la estructura de Juzgados de Paz, de Distrito, de Partido, Audiencias Territoriales y Tribunal Supremo (a tenor de las bases séptima y novena de la Ley de Bases de la Justicia de 1974); y sustanciándose los juicios por los tres tipos del proceso arrendaticio rústico existente en la presente normatividad, que se respeta en lo posible, pero introduciendo en ella las modificaciones necesarias para conseguir las deseadas notas de agilidad, rapidez y economía que son imprescindibles en todo sistema procesal de máxima perfección.

Como orientaciones indicativas para la próxima reforma exponemos, sucintamente, las siguientes:

1a. Para el conocimiento en primera instancia de todas las cuestiones serán competentes los Jueces de Distrito hasta la cuantía de cincuenta mil pesetas, y los de Partido para las de cuantía superior; sustanciándose el juicio según el procedimiento respectivo de los seguidamente expuestos:

a) Para decisión de la generalidad de las cuestiones: Presentación de la demanda acompañada de los documentos justificativos del derecho pretendido y de certificación, del Juez de Paz o de Distrito, de haberse intentando conciliación; contestación a la demanda en plazo de ocho días, prorrogable por otro tiempo igual; comparecencia para admisión y práctica de pruebas en plazo de ocho días; igualmente prorrogables por otros ocho; seguidamente conclusiones de las partes y citación para sentencia; y sentencia dentro de cinco días.

b) Para la decisión de las causas de desahucio, por el procedimiento de los artículos 1589 y 1590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

c) Para decisión de las cuestiones de embargo de bienes, intervención de cosechas y aseguramiento de bienes litigiosos, por el procedimiento de los artículos 1397 a 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2a. Para el conocimiento de los recursos de apelación respecto a sentencias pronunciadas en cualquiera de los tres procedimientos anteriores, serán competentes los Jueces de Partido respecto de las de los de Distrito, y las Salas de lo Civil de Audiencia Territorial respecto de las de los de Partido, correspondientes a la propia demarcación jurisdiccional, y según los juicios seguidamente relacionados:

a) Para la decisión de la generalidad de las cuestiones, el establecido por los artículos 887 a 902 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin formación de apuntamiento.

b) Para el de decisión de las causas de desahucio, el procedimiento establecido por el artículo 1592 y su remisión a los 705 y siguientes de la mencionada Ley de Enjuiciamiento, sin formación de apuntamiento.

c) Para el de decisión de las cuestiones de embargo de bienes, intervención de cosechas y aseguramiento de bienes litigiosos, el procedimiento establecido por los artículos 887 a 902 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin formación de apuntamiento.

3a. Para el conocimiento del recurso de revisión interpuesto respecto de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Salas de lo Civil de Audiencia Territorial, de cuantía superior a doscientas mil pesetas, será competente la Sala Primera, o de lo Civil, del Tribunal Supremo; observándose el siguiente procedimiento:

a) Preparación por medio de escrito presentado en la Audiencia Territorial dentro de los diez días siguientes a la notificación del fallo; y se inter-

pondrá fundadamente ante la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, dentro del plazo de quince días concedido por la Sala, con base en alguna de estas causas: incompetencia de jurisdicción, quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión, injusticia notoria por infracción de precepto legal, y de injusticia notoria por manifiesto error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas acreditado éste por la prueba documental o pericial obrante en autos.

b) Interpuesto en forma el recurso y recibidos los autos, la Sala ordenará que se entreguen éstos a las partes y al magistrado ponente para instrucción, por plazos de quince días a cada una. E instruido el ponente, se mandarán traer los autos a la vista con citación de las partes, señalando día para su celebración a ser posible dentro del mes siguiente; y celebrada la vista se dictará sentencia en plazo de diez días.

4a. En todo lo no previsto especialmente sobre jurisdicción, competencia y procesos regirán supletoriamente las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Orgánica de la Justicia.

APENDICE

Se transcribe el Dictamen emitido por la Comisión de Agricultura, del Congreso de los Diputados, relativo al Proyecto de Ley de Arrendamientos Rústicos y que sustancialmente ha pasado al texto definitivo.

TITULO III

Jurisdicción en materia de arrendamientos rústicos y aparcerías

Artículo 121.

1. El conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de esta ley corresponderá a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

2. Todas las atribuciones asignadas al IRYDA y a las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos en la presente ley se entenderán siempre sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados para plantear la cuestión en vía civil ante el Juzgado correspondiente. Cuando la resolución judicial confirme el informe o determinación del IRYDA o la decisión de la Junta Arbitral, se impondrán de oficio las costas al vencido.

3. Las Juntas Arbitrales, de oficio o a instancia de parte, podrán intentar la avenencia en las cuestiones relacionadas con la aplicación de esta ley.

Este intento de avenencia previo será preceptivo para la incoación de los procedimientos que versen sobre:

a) La fijación de la renta, su actualización o su revisión.

b) La denegación de prórroga para cultivo directo del arrendador.

c) La realización de las obras a que se refiere el artículo 52 de esta ley.

d) La determinación de la cantidad que el arrendador haya de abonar al arrendatario por las mejoras que éste opte por dejar en la finca de acuerdo con el artículo 62 de la presente ley.

e) La aplicación del artículo 99 del presente texto legal.

f) La conversión de la aparcería o del arrendamiento parciario en arrendamiento ordinario.

g) La liquidación y adjudicación de los frutos en el contrato de aparcería.

4. Las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos decidirán, también como trámite previo a cualquier contienda judicial y con carácter ejecutivo, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a los Tribunales de acuerdo con el apartado 2 de este artículo, las cuestiones que se planteen acerca de:

a) La determinación del importe de la renta cuando las partes no lo hayan hecho constar en el contrato, así como en los arrendamientos tácitos previstos en el artículo 4, apartado 2 de esta ley y en aquellos en que el IRYDA sea arrendatario al amparo del artículo 17, párrafo 1, de la presente ley.

b) La fijación de la nueva renta en el supuesto previsto en el artículo 58, apartado 2, de esta ley.

c) El señalamiento de la cuantía en que ha de elevarse la participación del arrendatario cuando concurra el supuesto prevenido en el artículo 101, apartado 2, de la presente ley.

d) La resolución de las discrepancias que surjan entre las partes sobre el valor de las aportaciones de los aparceros y su participación en los productos.

5. Las Juntas Arbitrales estarán constituidas por seis titulares de explotaciones agrarias. Tres de los vocales serán predominantemente arrendadores y los otros tres predominantemente arrendatarios.

Los vocales serán elegidos por el conjunto de vocales de las Cámaras Agrarias que radiquen en la comarca correspondiente.

Las Juntas Arbitrales serán presididas por un funcionario designado por el Delegado Provincial de Agricultura y estarán asistidas por un Secretario, funcionario del Ministerio de Agricultura, y licenciado en Derecho, designado asimismo por el Delegado Provincial de Agricultura.

Las Juntas Arbitrales tendrán carácter comarcal, ajustándose su demarcación territorial a las Comarcas definidas por el Ministerio de Agricultura.

El Ministerio de Agricultura dictará las demás normas necesarias para la elección, constitución y funcionamiento de la Junta.

6. Las Juntas Arbitrales podrán recabar de la Admi-

nistración los asesoramientos técnicos que estimen precisos para el ejercicio de sus funciones, bien por vía de informe, bien convocando a los funcionarios que hayan de prestar dicho asesoramiento para que asistan a la sesión con voz pero sin voto.

Artículo 122.

1. Cuando por razones de urgencia, o por tratarse de plazos perentorios, se presente la demanda judicial sin el previo informe del IRYDA, sin el previo intento de avenencia ante la Junta Arbitral o sin la resolución de ésta y estos trámites fuesen preceptivos de acuerdo con la presente ley, el Juez acordará que se cumplimenten antes de dar trámite a la demanda, sin perjuicio de adoptar las medidas precautorias que procedan.

2. Será competente la Junta Arbitral de la comarca en que se encuentre la finca a que se refiera la cuestión planteada. Si la finca se encontrase en más de una comarca, la competencia de la Junta Arbitral se determinará por las mismas normas que la del Juzgado.

Artículo 123.

1. Aunque medie sumisión expresa a la jurisdicción de otro Juzgado, será competente en todo caso el que correspondiere al lugar en que se hallare la finca, entrando el asunto a turno donde hubiere varios.

2. Si por razón del lugar fueren competentes distintos Juzgados, la competencia se atribuirá al que corresponda al lugar en que se encuentra la parte principal de la finca, considerando como tal el de situación de la casa labor del arrendatario o aparcero y, en su defecto, la parte de mayor cabida.

Artículo 124.

1. La cuantía litigiosa la determinará en los arrendamientos la renta anual.

2. En las aparcerías, la cuantía litigiosa vendrá dada por la valoración de la aportación del litigante, si estuviera determinada, y, en su defecto, la valoración de la participación que al mismo haya correspondido en la liquidación del año precedente, sin que existiere prueba escrita de la misma. En defecto de ello se estimará como de cuantía indeterminada.

3. Cuando el litigio verse sobre una reclamación concreta, la cuantía se determinará por el valor de lo efectivamente reclamado.

Artículo 125.

En cuanto a representación y defensa se aplicarán las disposiciones vigentes en los juicios respectivos, si bien cuando el interesado, en los casos en que la ley le autoriza, no haga uso del derecho a comparecer y defenderse por sí mismo, habrá de valerse de Abogado y Procurador.

Artículo 126.

1. Tanto en los asuntos atribuidos al conocimiento del Juzgado de Distrito como en los que sean de la competencia del Juez de primera instancia, podrá el actor acumular las acciones que le asistan contra el mismo demandado. Se exceptuarán de la norma anterior los juicios de desahucio por falta de pago y los de retracto.

2. Igualmente podrá acumular las acciones que le competan contra distintos arrendatarios o aparceros cuando unos y otros lo sean de la misma finca, salvo que la competencia corresponda a Juzgados distintos y siempre que se fundamenten en hechos comunes.

3. No obstante, unos y otros podrán litigar con representaciones y defensas diferentes.

Artículo 127.

1. Los Jueces de Distrito conocerán en primera instancia:

a) Del juicio de desahucio por falta de pago de la renta convenida en los arrendamientos, o cantidades asimiladas.

b) De cuantos litigios se promuevan en ejercicio de acciones que se funden en derechos reconocidos en esta ley, cuando la cuantía del mismo no sobrepase las 50.000 pesetas, sin más excepciones que las que se expresan en el número siguiente.

2. Los Jueces de Primera Instancia conocerán:

a) Del procedimiento en el que se ejerza la acción de retracto.

b) Del procedimiento para obtener la anotación de crédito refaccionario que se indica en el artículo 64 de esta ley.

c) De cuantos litigios se promuevan en ejercicio de acciones que se funden en derechos reconocidos en esta ley, cuando la cuantía del mismo sobrepase las 50.000 pesetas.

Artículo 128.

El juicio de desahucio solamente se podrá utilizar en el supuesto de falta de pago de la renta o cantidades asimiladas. Se sustanciará conforme a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 1.571 y siguientes, teniendo en cuenta las reglas siguientes:

1a. El demandado podrá enervar la acción si en cualquier momento anterior a ser notificado de la sentencia que no dé lugar a ulterior recurso él u otra persona en su nombre, aunque obre sin su consentimiento, paga al actor o pone a su disposición en el Juzgado el importe de las cantidades en cuya inefectividad se sustente la demanda y el de las que en dicho instante debiere.

Sólo cuando el pago o consignación se realice hasta el mismo día señalado para el juicio y antes de su celebración, podrá éste proseguirse por las costas; y en tal caso si el demandado intentare acreditar el ofrecimiento de las rentas al actor con anterioridad a la presentación de la demanda, se admitirán otras pruebas procedentes en derecho, además de las que autoriza el párrafo segundo del artículo 1.579 de la Ley Procesal Civil.

2a. El demandado podrá rehabilitar de plena vigencia el contrato y evitar el lanzamiento si hasta el momento mismo en que fuera a practicarse él u otra persona en su nombre, aunque obre sin su consentimiento, paga al actor o pone a su disposición, depositándolo incluso en poder del encargado de ejecutar la diligencia, que en todo caso lo tomará y dará recibo, el importe de las cantidades que por principal debiera en dicho instante, el 25 por ciento del mismo y los intereses legales a contar éstos desde la fecha de la demanda, por las sumas vencidas y, desde el día en que el pago debió hacerse, por las pendientes.

En tales casos se suspenderá el lanzamiento y, de haberse hecho cargo el Juzgado de las sumas pagadas por el demandado, requerirá al actor para que dentro del quinto día las reciba, procediendo a ingresarlas en el establecimiento correspondiente si transcurrido dicho plazo no lo hace.

Dentro de los diez días siguientes podrá el demandado pedir que, de cuenta del demandado, se tasen las costas y gastos legítimos que con ocasión del juicio hubiere realizado. Practicada la tasación, de resultar su importe igual o superior al 25 por ciento depositado por el demandado, se entregará al demandante; mas si fuere inferior, se reintegrará al demandado la diferencia, archivándose sin más las actuaciones, tanto en uno como en otro caso, sin perjuicio del derecho del actor a reclamar la diferencia ejercitando la oportuna acción personal.

Cuando el actor deje transcurrir los diez días sin instar la tasación, el Juzgado, de oficio y a cargo del demandado, liquidará las costas judiciales exclusivamente y,

entregando a este último la diferencia, si la hubiere, archivará asimismo las actuaciones.

3a. Cuando se reiterare tres o dos veces consecutivas el uso del beneficio a que las precedentes reglas se refieren, no tendrá efectos enervatorios la consignación efectuada, a cuyo fin el actor podrá, en el curso del litigio, alegar dicha reiteración y practicar la prueba para acreditarla.

Artículo 129.

Cuando se accione de retracto el procedimiento será el del título XIX, libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ajustándose a lo prevenido en la presente ley.

Artículo 130 (antes 131).

Los juicios de embargo de bienes para pago de deudas nacidas de contratos de arrendamientos o de aparcerías, los de intervención de cosechas y los de aseguramiento de bienes agrícolas o pecuarios litigiosos, se sustanciarán por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el ejercicio de las acciones de esta índole.

Artículo 131 (antes 130).

Los juicios no comprendidos en las normas anteriores se sustanciarán, sea cual fuere el Juzgado competente conforme al artículo 127 de esta ley, por las normas del juicio de cognición con las siguientes particularidades:

a) El Juez, para mejor proveer, podrá acordar toda clase de pruebas, pedir antecedentes y asesoramientos, y dentro de cinco días dictará sentencia.

Entre dichas diligencias para mejor proveer, si no se hubiera incorporado por los litigantes, el Juez podrá solicitar informe a la Cámara Agraria del lugar de situación de las fincas en los casos en que deban tenerse en cuenta los usos y costumbres locales, aun cuando la no solicitud de este informe no constituye vicio de procedimiento, ni en su falta puede apoyarse el recurso de revisión.

b) El Juez o Tribunal tendrán en todo caso atribución plena para determinar la renta justa en cada caso sometida a su revisión o para establecer la cláusula de actualización de renta en los contratos que no la tengan, sin que la solicitud de aumento impida pronunciar fallo rebajando la renta o lo solicitado sobre el particular y, viceversa, no siendo preciso que el demandado haga uso de la reconvención.

Artículo 132.

1. Las sentencias que dicten los Juzgados de Distrito serán apelables ante las Audiencias Provinciales aplicándose a estos recursos las normas contenidas en la Ley 10/1968, de 20 de junio. Las resoluciones que dicten las Audiencias no serán susceptibles de recurso alguno.

2. Contra las resoluciones que dicten los Juzgados de Primera Instancia podrán los interesados entablar recurso de apelación ante la Audiencia Territorial correspondiente. Estos recursos se interpondrán en el plazo de diez días ante el Juzgado que hubiere dictado la resolución y se tramitarán por las normas establecidas en la Sección 3a. título VI, del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Contra las resoluciones que dicten las Audiencias Territoriales en cuantos pleitos conozcan por apelación y siempre que la cuantía no sea inferior a 200.000 pesetas, podrá entablarse, en el término de diez días, recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, debiendo inexcusablemente fundamentarse en alguna de estas causas:

1a. Incompetencia de jurisdicción.

2a. Quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, cuando hubiere producido indefensión.

3a. Infracción de ley.

4a. Manifiesto error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas, siempre que este último resulte acreditado por la prueba documental o pericial obrando en autos.

4. El recurso de casación se preparará por medio de escrito presentado en la Audiencia Territorial, dentro de los diez días siguientes a la notificación del fallo y se interpondrá y fundamentará, con firma del Letrado, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, dentro del término de quince días, concedidos por la Sala en la providencia correspondiente.

5. Interpuesto en forma el recurso, y recibidos los autos, la Sala ordenará que se entreguen éstos a las partes y al Ponente para instrucción por término de cinco días, a cada una, empezando por aquéllas.

6. Instruido el Ponente, se mandarán traer los autos a la vista con citación de las partes señalando día para su celebración, a ser posible dentro del mes siguiente. Celebrada la vista, se dictará sentencia dentro de diez días.

Artículo 133.

Salvo el recurso contra providencias de mero trámite autorizado en el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que será sustanciado y resuelto según dicho precepto legal, todos los incidentes, excepciones y reposiciones que pudieran plantearse en los procedimientos que se indican en los artículos anteriores habrán de ser resueltos necesariamente en la sentencia que recaiga sobre la cuestión principal, haciendo pronunciamiento previo sobre cada una de las cuestiones incidentales y absteniéndose de entrar en el fondo del asunto cuando la naturaleza de estos pronunciamientos previos lo impidiera.

Artículo 134.

1. En las sentencias que pongan término al juicio se hará pronunciamiento expreso sobre costas. Las de primera instancia se impondrán, tanto en las que se sigan ante los Juzgados de Distrito como ante los de Primera Instancia, a los litigantes cuyos pedimentos fueran totalmente rechazados, y si sólo se estimaran parcialmente, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

2. En las apelaciones y en los recursos, la Audiencia o Tribunal hará sobre las costas del recurso el pronunciamiento que repute justo, en consideración a si aprecia o no temeridad en el apelante o recurrente. Cuando el recurso se declare desierto, se impondrán las costas al recurrente.

3. En los juicios de desahucio por falta de pago las costas se impondrán al demandado cuando se declare haber lugar al mismo o que ésta hubiera procedido de no mediar el pago o la consignación, y al actor en los demás casos.

4. En los pleitos que versen sobre aumento, reducción o exoneración de renta, si no se accediera a la petición, será preceptiva, en todas las instancias, la imposición de costas al demandante.

5. En los pleitos a que se refiere al artículo 39, entablados para que por el Juez se añada al contrato de arrendamiento la cláusula de actualización, si el arrendatario se opusiera a su existencia será condenado en costas, y si se opusiere en cuanto al módulo para fijar la renta o su cuantía, se hará pronunciamiento sobre costas, pudiendo serle impuestas a demandante o demandado según la apreciación de la buena o mala fe del litigante.

6. En los litigios para fijar la renta a la porción de fincas sobre la que ha de recaer el arrendamiento por conversión de la aparcería, las costas serán por mitad para ambos litigantes.

7. En lo pertinente se estará a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 121.

Artículo 135.

Los procedimientos entablados y los recursos interpuestos al amparo de los precedentes artículos gozarán de los siguientes beneficios:

1. Serán de tramitación preferente tanto en los Juzgados de Distrito y de Primera Instancia como en las Audiencias Provinciales y Territoriales y ante el Tribunal Supremo.

2. Cuando se inste una resolución judicial que haya de surtir efectos en el futuro, como en los casos de conversión de la aparcería en arrendamiento, denegación de prórroga del arrendamiento o de la aparcería, entre otros, podrá plantearse la acción inmediatamente con el fin de sustanciar el litigio antes de que se produzca la fecha en que debe alcanzar efectividad el pronunciamiento, aun cuando no se ejecute hasta que la misma llegue y siempre que se mantengan las circunstancias que dieron lugar a la resolución.

Artículo 136.

1. En los casos en que se discuta la cuantía de la renta, el arrendatario deberá consignar previamente ante el Juzgado la pactada, de la cual podrá disponer el arrendador. Tratándose de aparcería, si fuera conocida la participación del cedente, deberá hacerse la consignación de la figurada con los mismos efectos que la renta. Si no fuera conocida o determinada, el aparcero consignará o pondrá a disposición del cedente lo que estime adecuado, pudiéndose hacer cargo de ello el propietario, sin que ello implique conformidad y el Juez, en la sentencia que dicte, atendiendo a las circunstancias del caso, prevendrá lo procedente en cuanto a lo que debe ser objeto de consignación.

2. En los casos de revisión, reducción o condonación de renta, el Juez podrá autorizar al arrendatario o aparcero a que consigne sólo una parte o dispensarlo totalmente de consignar.

3. Los plazos de renta que venzan durante la sustanciación del pleito deberán ser consignados, bajo pena de tener por desistido de la reclamación o del recurso al arrendatario o aparcero.

Artículo 137.

En todo lo que no está especialmente previsto en este título regirán en materia de jurisdicción, como supletorias, las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las orgánicas de los Tribunales.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.

Quedan sujetos a esta ley los contratos de arrendamiento o aparcería sobre fincas rústicas, cualquiera que sea la fecha de su celebración, con las salvedades que establecen las siguientes reglas.

1a. Los contratos existentes a la entrada en vigor de esta ley se regirán en cuanto a su duración por lo establecido en la legislación anterior.

No obstante, cuando se trate de cultivadores personales en los términos que define el artículo 16 de la presente ley, éstos tendrán derecho a las prórrogas que la misma determina, hasta el límite de veintiún años, contados desde la iniciación del contrato.

2a. Las consecuencias previstas en los artículos 17 y 19 no serán de aplicación a los contratos actualmente en vigor en tanto no finalice el plazo estipulado o la prórroga se halle en curso, sin que puedan prorrogarse en ninguna forma, ni aun con consentimiento del arrendador.

3a. Los arrendamientos concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935 en que se hubiere perdido memoria del tiempo por el que se concertaron se presumirá que son censos enfitéuticos, cualquiera que sea la denominación que les hubieran dado las partes.

La redención del censo se efectuará conforme a lo establecido en el Código Civil, tomando como valor de la pensión censual una cantidad igual a la mitad de la renta que sea usual en el lugar para los arrendamientos rústicos de fincas análogas.

Si en la fecha de la entrada en vigor de la presente ley concurriera, o sobreviniere con posterioridad, algunas de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 7, el dueño directo podrá poner término al contrato y recuperar el pleno dominio de la finca, abonando al enfiteuta la mitad de la plusvalía que se produzca, determinada judicialmente en defecto de acuerdo entre las partes.

Segunda.

En tanto no tengan lugar las próximas elecciones para Cámaras Agrarias, las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos estarán constituidas por seis vocales que lo sean de las Cámaras Locales radicadas en la comarca correspondiente. Los vocales serán designados por sorteo entre los que se ofrezcan para desempeñar tal función.

La Presidencia y la Secretaría de las Juntas Arbitrales serán cubiertas de acuerdo con lo indicado en el artículo 121, apartado 5.

Disposición adicional.

1. La presente ley será de aplicación, en materia de arrendamientos rústicos, en todo el territorio nacional, sin perjuicio de:

a) La aplicación preferente de los derechos civiles, forales o especiales en todos los territorios del Estado donde existan normas peculiares al respecto.

b) La conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de las normas de su Derecho Civil relativas a las materias reguladas en esta ley.

2. En materia de aparcerías se estará a lo dispuesto en el artículo 106 de la presente ley.

3. Las facultades conferidas en esta ley al Ministerio de Agricultura o al IRYDA serán asumidas, en su caso, por las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo que se establezca en los respectivos estatutos y las transferencias de servicios que se realicen de acuerdo con la Constitución.

Disposición final.

Quedan derogadas las leyes de 15 de marzo de 1935, 28 de junio de 1940, 23 de julio de 1942, 18 de marzo de 1944, 18 de diciembre de 1946, 17 de julio de 1953 y 15 de julio de 1954, sus reglamentos y cuantas se opongan a la presente ley.

Palacio del Congreso de los Diputados, 8 de mayo de 1980. —El Presidente de la Comisión, Justo de las Cuevas González. El Secretario, José Antonio González García.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Sección V: La Ciencia al servicio de la Justicia.

CIENCIA FORENSE

Dr. Carlos Matías González Lizano.
Jefe de la Sección de Investigaciones Toxicológicas.
Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses, Organismo de Investigación Judicial.

La ciencia y la tecnología han sido utilizadas desde hace muchos años por diversas instituciones y organismos estatales para garantizar al pueblo, por ejemplo, la calidad de su alimento, la seguridad de las medicinas que consume, la pureza del agua que toma, la eficacia de los plaguicidas que utiliza, la calidad del combustible usado, etc. En el área de la Justicia, los conocimientos científicos y tecnológicos son utilizados desde finales del siglo pasado por los organismos policiales para hacer respetar las leyes de una nación y perseguir a los infractores de éstas. Las violaciones a las leyes nacen de un laberinto de factores sociales y psicológicos por lo que la ciencia no puede ofrecer soluciones finales y determinantes, pero sus principios y tecnología sí pueden ser utilizados como ayuda importante en resolver los delitos.

Los delitos son tan viejos como el hombre mismo y desde los primeros tiempos los hombres han robado, asesinado, traicionado y hecho falsificaciones. Naturalmente la sociedad ha tratado de determinar su culpabilidad para lo cual estableció las organizaciones necesarias. Sin embargo la forma de llenar su cometido estuvo plagada de errores y supersticiones. En muchos países se requería que el acusado se sometiera al *"Juicio de Dios"*. Una mujer acusada de brujería, por ejemplo, era sumergida en un estanque, si se hundía, el agua la aceptaba y demostraba su inocencia. Si por el contrario flotaba, el agua la rechazaba porque era culpable. A menudo *"se demostraba"* la culpabilidad de una persona cuando ésta después de grandes torturas, *"confesaba su delito"*.

Mientras muchos inocentes eran procesados y condenados con este sistema cruel y absurdo, los delincuentes inteligentes se burlaban fácilmente de la Justicia. Pero en los últimos doscientos años, los cuerpos de policía se han convertido en entes especializados y los procedimientos se han hecho más justos ya que la ciencia juega cada día un papel mayor en ellos. Las diversas maneras como la ciencia presta su ayuda a la Justicia han dado origen a varias disciplinas, entre las que podemos citar la Medicina Legal, la Ciencia Policial, la Ciencia Forense, la Criminología, etc. No se pueden establecer límites definidos entre estas disciplinas y debido a su interacción constante todas ellas se han reunido bajo el nombre de Ciencias Forenses.

La **Ciencia Forense** (en singular) es la disciplina donde interactúan la ciencia y la tecnología con la ley, para que a través de la identificación y comparación de las **pruebas físicas** se llegue a determinar que un delito ha sido perpetrado y descubrir así al responsable del mismo. En otras palabras, es la ciencia detrás del experto en análisis de pruebas físicas que le permite a él presentar sus dictámenes como testigo experto ante los Tribunales de Justicia con el fin apuntado anteriormente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

I. HISTORIA

La Ciencia Forense debe su origen a los individuos que reconocieron la necesidad de desarrollar principios y técnicas específicas necesarias para analizar, identificar y comparar la prueba física. Hoy en día, muchos consideran que Sir Arthur Conan Doyle tuvo una gran influencia en el desarrollo de la Ciencia Forense al popularizar a través de un personaje ficticio, Sherlock Holmes, una serie de métodos *"científicos"* para la investigación de delitos. Fue Holmes quien primeramente aplicó los conocimientos que por 1887 apenas se desarrollaban sobre grupos sanguíneos, huellas dactilares, identificación de armas de fuego y análisis de documentos dudosos, en el esclarecimiento de delitos y muchísimo tiempo antes de que su valor fuera reconocido y aceptado en la investigación criminal de la vida real. Holmes predijo el nacimiento de la Ciencia Forense al describir métodos para el examen del indicio físico, mucho antes de que estos métodos fueran realmente descubiertos.

Son muchas las personas que pueden ser citadas por su contribución al nacimiento de la Ciencia Forense. Citaremos aquí un pequeño grupo de los que hicieron las primeras investigaciones y quienes ayudaron a definir esta nueva disciplina científica.

Alphonse Bertillon.

Bertillon desarrolló en 1879 la Antropometría como el primer sistema científico de la identificación personal y que consistía en tomar sistemáticamente una serie de medidas en el cuerpo humano para distinguir a un individuo de otro. Aunque la Antropometría fue remplazada eventualmente por la identificación a través de las huellas dactilares, durante casi dos décadas fue considerada como el método más exacto para individualizar a cada ser humano. Sus esfuerzos le hicieron ganar a Bertillon el título de Padre de la Identificación Criminal.

Francis Galton.

Este investigador llevó a cabo el primer estudio formal sobre huellas dactilares y desarrolló un sistema para su clasificación. Antes de 1800 pocas personas habían puesto atención a los diseños que describían las estrías de las puntas de los dedos, pero los chinos y los hindúes las habían utilizado como la firma de los analfabetos. Fue el médico escocés Dr. Henry Faulds quien utilizó por primera vez las huellas para identificar al homicida en un infanticidio ocurrido en Tokio. En 1892, Galton publicó un libro titulado **"Huellas Dactilares"** en el cual se exponían las pruebas estadísticas que demostraban la perfecta individualización de los patrones dactilares. Edward Henry en Gran Bretaña y Juan Vucetich en Argentina dieron posterior e independientemente clasificaciones más científicas de las huellas digitales.

Leone Lattes.

En 1911, el Dr. Karl Landsteiner descubrió que la sangre podía clasificarse en diferentes grupos. Estos grupos o tipos de sangre son actualmente conocidos como **A, B, AB,** y **O**. La posibilidad de que los grupos sanguíneos pudieran ser una característica útil para la identificación de un individuo, llevó al Dr. Leone Lattes, profesor en el Instituto de Medicina Legal de la Universidad de Turín, a desarrollar en 1915 la primera técnica para determinar el grupo al que pertenecía una sangre que formó una mancha.

Calvin Goddard.

Goddard desarrolló y mejoró el método de comparación de proyectiles para determinar si una bala había sido disparada con una determinada arma. Utilizó para ello el microscopio de comparación, el cual a partir de ese momento se convirtió en el instrumento más indispensable de un laboratorio forense.

Albert S. Osborn.

Este investigador sentó las bases para el examen de los documentos, las cuales sirvieron para que éstos fueran posteriormente aceptados como prueba científica ante los tribunales. En 1910 publicó el primer texto en este campo llamado **"Documentos Dudosos"**, el cual es aún fuente primaria de información para las personas dedicadas a este campo.

Hans Gross.

Profesor de Criminología de la Universidad de Praga, cuyo libro **"La Investigación Criminal"** publicado en 1893 constituye el primer tratado en Ciencia Forense. En él se describe la utilización potencial de varios campos científicos en el esclarecimiento de los delitos. Detalló ampliamente cómo la Microscopía, la Bioquímica, la Antropometría y la Dactiloscopia podrían ayudar a la policía en su trabajo.

Edmond Locard.

Gross fue más que un profesional en ciencias, un abogado y como tal no pudo contribuir al desa-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

rrollo de nuevas técnicas científicas. En este sentido, la mayor contribución a la Ciencia Forense fue dada por Edmond Locard, profesor de la Universidad de Lyon. Su educación tanto en Medicina como en Derecho, le permitió demostrar que los principios enunciados por Gross podían ser incorporados a la investigación criminal. El es el fundador del Instituto de Criminalística de Lyon, el cual comenzó sus labores en 1910 como un laboratorio de una sola habitación en el ático de una estación de policía y creció hasta convertirse en un departamento de la Universidad de esa ciudad, de fama mundial y dedicado a la investigación en Ciencia Forense.

II. LA PRUEBA FISICA

Decíamos anteriormente que la Ciencia Forense existe en función de la necesidad de identificar y comparar la prueba física. ¿Qué es pues la prueba física? La existencia de un delito está dada por cuatro factores fundamentales: debe haber una víctima (o víctimas), un victimario (o victimarios), debe existir un arma y el hecho debe necesariamente ocurrir en un lugar. La prueba física es cualquier objeto material, desde macroscópico hasta microscópico, que nos permita establecer una relación directa entre dos o más de los factores fundamentales del delito. El análisis de la prueba física también se realiza para establecer si se cometió o no un determinado delito y cómo y cuándo se realizó. Es decir, las pruebas físicas son todos los objetos que puedan establecer que un delito ha sido cometido o que prueben una relación entre los individuos involucrados en el delito, el arma y el lugar.

Debemos mencionar aquí que no se pueden preestablecer listas de pruebas físicas, sin embargo citaremos algunas de aquellas cosas cuyo examen científico probablemente darán resultados significativos para determinar la naturaleza y las circunstancias de un delito.

Sangre, semen y saliva.

Todo tipo de sangre, semen o saliva, líquido o seco (manchas), de origen animal o humano, que nos sugiera alguna relación entre el delito y las personas comprometidas en él. Los análisis realizados a estas pruebas tienen como fin determinar su identidad y su posible origen.

Organos y líquidos fisiológicos.

Los órganos o líquidos de origen humano o de animales se utilizan en los análisis toxicológicos para determinar la presencia de drogas y otros venenos. Entre estos líquidos se incluyen las muestras de sangre u orina para ser analizadas por etanol u otras drogas.

Drogas.

En este grupo se incluye cualquier preparado farmacéutico o sustancia, confiscada cuando se han violado las disposiciones legales de venta, elaboración o de uso.

Pelo.

Pelo de cualquier origen, humano o de animales, que nos permita relacionar personas y cosas en un delito.

Hebras y fibras.

Cualquier tipo, naturales o sintéticas cuya transferencia pueda ser útil para establecer nexos entre la escena del delito, las personas y objetos.

Madera y otros restos vegetales.

Cualquier fragmento de madera, serrín, colochos y otros restos vegetales encontrados en ropas, zapatos, herramientas que nos relacionen personas u objetos con el sitio del suceso.

Pintura.

Cualquier clase de pintura, líquida o seca, que pudiera haber sido transferida de la superficie de un objeto a otro mientras se perpetraba un delito. Como ejemplo tenemos la transferencia de pintura de un vehículo a otro durante una colisión.

Vidrio.

Cualquier fragmento o partícula de vidrio que pudiera haber sido transferida a una persona u objeto cuando se cometió un delito. Ventanales que presenten hoyos producidos por proyectiles u otros objetos entran en esta categoría.

Tierra y minerales.

Todos los objetos que contienen tierra y minerales, como el polvo adherido a un zapato o los materiales utilizados como aislante en las cajas de seguridad que pudieran encontrarse en ropas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Derivados de petróleo.

Cualquier combustible o derivado de petróleo, en manos de un sospechoso o recogido en el sitio del delito. Ejemplo de ello son los residuos de gasolina encontrados impregnando los restos de un incendio provocado criminalmente.

Armas de fuego y sus proyectiles.

Cualquier arma de fuego así como los proyectiles disparados o no y los casquillos, sospechosos de haber estado involucrados en un delito.

Residuos de pólvora.

Cualquier cosa que se sospeche que contenga residuos producto de la descarga de un arma de fuego.

Explosivos.

Todo objeto que contenga una carga explosiva, así como los objetos recogidos en la escena y que se sospeche de contener residuos de algún explosivo.

Documentos.

Cualquier escrito a mano o a máquina sometido a análisis para demostrar su autenticidad u origen. En esto se incluye también el análisis del papel, tinta y las alteraciones a documentos incluyendo borraduras y quemaduras.

Existe también otro tipo de pruebas que no podemos considerar estrictamente físicas. Ha existido siempre gran controversia si su examen debe dejarse exclusivamente a la investigación criminal, es decir a la Ciencia Policial o por el contrario deben estar en el dominio de la Ciencia Forense. Los que están a favor de lo primero argumentan que definitivamente no son reales sino virtuales y los que están a favor de la segunda tesis alegan que aunque virtuales pueden ser materializadas constituyéndose entonces en pruebas físicas reales. A continuación describiremos algunas de ellas.

Huellas dactilares.

Todas las huellas de este tipo, latentes o visibles. Pueden ser materializadas por ejemplo con una fotografía.

Marcas de herramientas.

Se incluye cualquier marca dejada por una herramienta utilizada para cometer un delito. El objeto que contiene la marca constituye una prueba material, sin embargo la marca en sí no lo es. Se puede convertir en indicio físico utilizando plasticinas especiales o cera dental para sacar el positivo, cuando el objeto que muestra la marca no puede ser trasladado al laboratorio.

Otras impresiones.

Estas comprenden las marcas de llantas, zapatos y otras dejadas sobre suelo suave, así como sobre otros objetos (huellas). Dentro de éstas están las impresiones dejadas por guantes u otras telas sobre diferentes superficies. Se materializan por medio de fotografías, por ejemplo.

Números de serie.

Todos los objetos robados que presenten números de serie constituyen pruebas físicas reales. Si sus números de identificación han sido borrados o alterados, se envían al laboratorio para su restauración. En cuanto al número en sí se dan las mismas argumentaciones que para las marcas de herramientas.

III. IDENTIFICACION Y COMPARACION DE LA PRUEBA FISICA

Como lo explicábamos, el análisis de la prueba material por parte del Analista Forense se lleva a cabo en la gran mayoría de los casos para la identificación y la comparación respectiva. La identificación tiene el propósito de determinar la naturaleza física o química del indicio con una certeza tan cercana a la absoluta como los métodos analíticos disponibles lo permitan.

Todo método de identificación debe primeramente ser aceptado como válido por el analista. Esto se define una vez que el método es capaz de brindar resultados predichos utilizando muestras conocidas (patrones). Además el diseño del método debe ser tal para que sea selectivo y evitar así la posibilidad de falsos positivos y suficientemente sensible para no obtener resultados falsos negativos. No se podrá analizar un preparado farmacéutico con el fin de determinar la presencia de heroína, si el método de análisis no ha sido utilizado de antemano para hacer la determinación de esta droga en preparados que ya se sabía que contenían esa droga.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cada prueba física obviamente requiere de análisis diferentes y cada análisis tiene diferente grado de especificidad. No se puede establecer entonces cual procedimiento analítico es el adecuado y cual no, pues para algunos indicios, uno lo será y para otros no; algunas sustancias podrán ser identificadas con solamente una prueba de laboratorio, mientras que otras requerirán de cinco a seis. Sin embargo en esta disciplina en la que el analista tiene muy poco o nada de control sobre la calidad y cantidad de muestra, debe dejarse en manos del profesional de laboratorio determinar en qué momento un análisis está terminado y la muestra identificada. Para ello el Analista Forense deberá contar no solamente con el conocimiento ganado durante su entrenamiento académico, sino con la experiencia que adquiere día con día en la ejecución de sus tareas. Al final deberá tener presente que sus conclusiones tendrán que ser justificadas y verificadas ante los Tribunales de Justicia más allá de cualquier duda razonable.

El análisis comparativo somete tanto a la prueba física como a una muestra conocida (espécimen de comparación) a los mismos exámenes de laboratorio con el objeto único de determinar si las dos tienen un mismo origen. El Analista Forense podría ayudar a establecer que un individuo estuvo en determinado lugar, estableciendo por ejemplo las igualdades entre muestras de cabello encontradas en la escena del suceso (prueba física) y el cabello proveniente de la cabeza del sospechoso (espécimen de comparación). Una escama de pintura encontrada sobre las ropas de la víctima de un atropello con fuga, tendrá que ser comparada con la pintura obtenida de los automóviles sospechosos de haber estado involucrados en el accidente.

La comparación consiste en dos pasos. Primeramente deben seleccionarse ciertas características físicas o químicas, tanto de la prueba física como del espécimen de comparación para relacionarlas entre sí. Lógicamente las características escogidas dependerán de qué clase de indicio se trate. En segundo lugar, una vez que el análisis esté terminado, el analista deberá informar como conclusión suya si tanto la prueba material como el espécimen de comparación proceden de una misma fuente. Definitivamente si una o más de las características escogidas para comparación no concuerdan, el profesional del laboratorio no dudará en indicar que las dos no tienen el mismo origen. Pero supongamos que todas las propiedades escogidas concuerdan hasta lo más hondo que pueda llegar el analista. ¿Podrá entonces concluirse que ambas provienen de un mismo todo? No necesariamente.

Para comprender el valor testimonial de una comparación, debemos apreciar el papel que la probabilidad tiene en asegurar el origen de dos o más especímenes. Simplemente se define la probabilidad como la frecuencia con que ocurre un hecho. Si una moneda es lanzada al aire cien veces, en teoría se esperará que cincuenta veces caerá al suelo dando un lado hacia arriba y cincuenta veces dará el otro. Es decir, la probabilidad de que la moneda muestre escudos, por ejemplo, será de cincuenta en cien.

El indicio físico que pueda ser declarado como del mismo origen que la muestra de comparación con un alto grado de probabilidad se denomina **prueba física con características individuales.** Como ejemplo de ello tenemos la comparación de los diseños de dos huellas dactilares, las estrías de un proyectil disparado con una determinada arma de fuego, las marcas dejadas sobre objetos, la comparación de cuerpos de escritura o el ajuste de dos bordes irregulares generalmente de objetos quebrados, a manera de un rompecabezas. En todos estos casos es posible establecer el origen común de la prueba que no requiere comprobación matemática; es decir, la probabilidad de que no tengan común origen es tan baja que el hecho simplemente se sustenta en la experiencia del analista. Por ejemplo, el científico francés Victor Balthazard determinó matemáticamente que la probabilidad de que dos individuos compartieran una misma huella dactilar era de 1×10^{-60}. Este valor es muy bajo y a todas luces se puede excluir toda posiblidad de que dos personas compartan el mismo juego de huellas. Esta observación está bien sustentada por la experiencia de las personas dedicadas a la dactiloscopia quienes jamás han encontrado dos huellas dactilares exactamente iguales, después de estudiar millones de ellas.

Una de las frustraciones más comunes para los analistas e investigadores policiales, no familiarizados con las limitaciones de la Ciencia Forense, es la frecuente incapacidad del laboratorio para determinar con un alto grado de probabilidad que la prueba material y la muestra de comparación tienen el mismo origen. El indicio material cuyas características no lo individualizan se denomina **prueba física con características de clase,** porque tales pruebas solamente podrán asociarse con varios orígenes iguales y no uno solo. Aquí también descubrimos que la probabilidad es un factor importante. Por ejemplo si se comparan dos escamas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de pintura de un automóvil con solamente dos capas de colores, la probabilidad de que tengan un mismo origen no es tan grande como cuando se comparan dos con siete capas de pintura y aún más si ninguna de ellas era parte de la pintura original del vehículo. En el primer caso la prueba física tendrá características de clase, en el segundo características individuales.

¿En qué momento la prueba física cruza el límite entre poseer características de clase y características individuales? Esta es una pregunta difícil de contestar y es motivo de gran debate y desacuerdos entre los profesionales de laboratorio dedicados a la Ciencia Forense. Por ejemplo, ¿cuántas estrías son necesarias para individualizar una herramienta y hacerla responsable de haber dejado una marca; cuántas capas de pintura son necesarias para decir que una escama de pintura proviene de un determinado automóvil y no otro; cuántas características en un cuerpo de escritura son necesarias para ligar a una persona a una firma o documento? Las respuestas podrán darse cuando se relacionan entre sí el tipo de indicio físico, los antecedentes del caso y la experiencia del analista, y las conclusiones finales irán desde una mera especulación hasta la certeza absoluta.

La sangre nos ofrece un ejemplo claro de prueba física con características de clase. Por ejemplo, si dos muestras de sangre (indicio físico y espécimen de comparación) son comparadas y ambas resultan ser de origen humano tipo *"O"* y si conocemos que el 43 por ciento de la población es de ese tipo, difícilmente tendremos bases para decidir que tanto la prueba física como la muestra de comparación tienen el mismo origen. Sin embargo si se logra determinar otros factores sanguíneos, las probabilidades de probar el origen común aumentan considerablemente. Podemos utilizar el siguiente cuadro como ejemplo:

TIPO DE SANGRE	FRECUENCIA (Porcentaje)
O	43.00
D	85.00
PGM-2	5.50
AK 2-1	9.00
N	22.00
EAP-A	13.00

Al hacer el producto de todas las frecuencias mostradas determinamos la probabilidad que un individuo tomado al azar posea la misma combinación de grupos sanguíneos que el sospechoso, encontraremos que es de 1 en 20.000. Aunque el Analista Forense de este caso hipotético no ha individualizado la sangre como perteneciente al sospechoso, los datos obtenidos permitirán al investigador y a los jueces valorar mejor la información que la prueba física suministra.

Hay límites prácticos en el número de propiedades o características que el Analista Forense puede seleccionar ya que llevadas al extremo, encontrará que no hay dos cosas en el mundo que sean completamente iguales. Las técnicas analíticas modernas se han hecho tan complejas y sensibles que el analista debe, con cuidado, establecer los límites de variación naturales que se dan entre las cosas, cuando interpreta los datos obtenidos en los análisis comparativos. Por ejemplo la densidad y el índice de refracción son las dos mejores características para comparar vidrio. Sin embargo las técnicas utilizadas para determinar estas características se han vuelto tan sensibles que podríamos detectar variaciones pequeñas en un mismo ventanal tomando muestras de diferentes lugares del único vidrio que los forma. Pero esto va más allá de los deseos de un Analista Forense quien solamente está interesado en determinar que dos fragmentos de vidrio provienen de un mismo todo. Distinguir variaciones dentro de la misma prueba física de las variaciones entre los miembros de una misma clase no es siempre una tarea fácil.

Uno de los puntos un poco débiles al presente en la Ciencia Forense, es la incapacidad del analista de darle un valor exacto o al menos aproximado a la probabilidad de que un hecho ocurra cuando se comparan pruebas físicas y especímenes de comparación con características de clase. Por ejemplo: ¿cuál es la probabilidad de que una hebra roja de nilón provenga del abrigo que usaba el victimario o que un fragmento de vidrio se originara en una ventana violentada durante un robo o que una escama de pintura azul venga del automóvil que suponemos estuvo comprometido en un atropello con fuga? En Costa Rica no hay datos y en otros países, altamente industrializados y desarrollados existen muy pocos al respecto. Además en una sociedad que depende ampliamente en productos fabricados en masa, la obtención de estos datos prácticamente se convierte en un fin difícil de alcanzar. Una de las metas primordiales del Analista Forense tiene que ser el crear y mantener al día la información estadística básica para las posibles pruebas físicas con características de clase cuando esta información sea fácilmente alcanzable. Cuan-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

do tales informaciones existan como lo es la frecuencia de los grupos sanguíneos, deberán utilizarse; cuando no, el Analista Forense deberá basarse en su propia experiencia para interpretar el significado de la información que suministre la prueba física con características de clase, por lo que el valor del indicio material no puede ser subestimado. En una época en la cual la investigación criminal ha llegado a confiar menos en las pruebas subjetivas y más en la prueba material, el examen de ésta llevado a cabo científicamente puede darnos la corroboración de hechos o la eliminación de ellos en una forma tan libre de errores y prejuicios humanos como sea posible. Aprender a usar un microscopio correctamente así como otros instrumentos de laboratorio es una cosa; obtener la habilidad y destreza necesarias para interpretar las observaciones y los datos obtenidos es otra cosa. El químico, el microbiólogo, el farmacéutico, el físico o algún otro profesional en funciones de Analista Forense deberán tener presente siempre que en esta disciplina, la lectura de buenos libros y de revistas científicas apropiadas, aunque importantísima y necesaria, no basta y debe ser complementada día a día con la experiencia profesional.

IV. EL ANALISTA FORENSE ANTE LOS TRIBUNALES

La culminación del trabajo del Analista Forense está en presentar como testigo experto su trabajo y conclusiones ante los Tribunales de Justicia. En la mayoría de los casos esto no se realiza y los informes que suministra el experto en Ciencia Forense pueden ser aceptados sin que éste en persona se presente al debate. Su presencia será solicitada únicamente cuando su testimonio sea de importancia crucial o se necesite la ampliación de su dictamen.

Si el Analista Forense se presenta al debate, su testimonio estará basado en el informe que él previamente suministró sobre los análisis realizados. En muchos países es costumbre que comience explicando en una forma muy simple cómo ejecutó las pruebas de laboratorio, las técnicas que usó y cómo finalmente obtuvo sus resultados, para luego terminar dando su propia opinión sobre el significado de sus hallazgos. En este respecto, el testigo experto difiere de cualquier otro testigo a quien solamente se le permite explicar hechos, pero no dar opinión.

Un servicio de Ciencia Forense que dé crédito a su función, deberá obviamente ser conocido como totalmente objetivo. El experto que trabaja en él deberá ser imparcial, confiable, claro y proporcionar solamente resultados que ayuden a resolver el caso que se investiga. Demostrará siempre al tribunal o al jurado que él es un individuo de una integridad absoluta y que ha formado su propia opinión tomando en cuenta todas las precauciones posibles para evitar cualquier fuente de error. Deberá constantemente recordar que entre las personas presentes en la sala de juicio, él es probablemente el mejor informado en su materia profesional aplicada a la Ciencia Forense. No deberá dar la impresión de estar ocultando verdades utilizando un lenguaje sumamente técnico que nadie comprende y se circunscribirá a las preguntas realizadas evitando *"dar conferencias"* en el debate, al menos que se le haya expresamente pedido.

En el debate se le podrá sugerir al testigo experto que puede estar equivocado. En realidad es una posibilidad que siempre tendrá que admitirse, pero de la forma más cortés posible deberá el experto indicar que las conclusiones a las cuales llegó las obtuvo no sólo debido a su entrenamiento académico profesional, sino también debido a los años de experiencia en Ciencia Forense y en base a todos los análisis de laboratorio que ejecutó. El Analista Forense deberá admitir sin embargo, la posibilidad de que otro experto tenga una segunda opinión a sus hallazgos, pero él deberá modestamente defender la suya, ya que si sus conclusiones estaban mal sustentadas, jamás debió darlas. Si un Analista Forense no está seguro de algo o simplemente no sabe, deberá dejarlo claro para que sus testimonios reciban el crédito que se merecen y para no perder la confianza con la que siempre debe contar.

V. EL DEPARTAMENTO DE CIENCIA FORENSE DEL O.I.J.

El Artículo 38 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial de Costa Rica (O.I.J.) lo define como *"Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses"*, el cual está encargado de prac-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ticar los peritajes, llevar a cabo los estudios y contestar las consultas relativas a las Ciencias Forenses en todos aquellos asuntos que competa conocer al Organismo de Investigación Judicial. En esta ley se utiliza el término Ciencias Forenses (en plural) y ello tal vez se deba a que cuando se redactó la ley, la diferencia entre Ciencias Forenses y Ciencia Forense no estaba bien definida. Es más, aún ahora muchas veces ambos términos son confundidos, aún en revistas científicas de prestigio, y a veces se le considera sinónimo de Criminalística, pero este término incluye además de muchos aspectos de la Ciencia Forense observados desde el punto de vista del detective, muchos otros que corresponden a la Ciencia Policial. A la luz de las definiciones actuales, la palabra *"laboratorios"* en el nombre del Departamento resulta una redundancia, ya que como lo hemos explicado, Ciencia Forense la lleva implícita.

El Departamento cuenta con un Jefe, quien actúa bajo la dependencia inmediata de la Dirección General del Organismo. A él le corresponde además de distribuir y coordinar el trabajo, dar asesoramiento e instrucciones acerca de los métodos a utilizar para llevar a cabo las distintas labores. También debe refrendar los informes y dictámenes emitidos por los Jefes de Sección del Departamento. Este está dividido en tres secciones: la de Investigaciones Físicas, la de Investigaciones Físico-Químicas y la de Investigaciones Toxicológicas. Los Jefes de Sección se consideran peritos oficiales de los Tribunales para practicar los exámenes y reconocimientos que éstos les ordenen. Se juramentan al asumir su cargo y sus dictámenes se reputan auténticos, no necesitan del trámite de ratificación ni se reciben honorarios para su peritación (Artículo 55 de la Ley Orgánica del O.I.J.). Cada Sección está dividida en unidades de trabajo y sucintamente las describiremos aquí con el nombre que se les asigna.

Las Unidades: Técnica en Armas de Fuego, Técnica en Grafología, Técnica en Hechos de Tránsito, Técnica en Planimetría y el Laboratorio Fotográfico constituyen la Sección de Investigaciones Físicas.

Corresponde a la Unidad Técnica en Armas de Fuego (Balística Forense) utilizar los principios básicos de análisis de éstas, proyectiles, cartuchos y casquillos y todo tipo de municiones. Se examinan también ropas y otros objetos con el fin de determinar la presencia de residuos producto de la deflagración de la pólvora y para calcular aproximadamente la distancia a la cual una arma fue disparada. Por similitud de los métodos usados, en esta Unidad también se hacen otros tipos de análisis físicos como la comparación e identificación de cabellos y fibras. También se lleva un archivo de todas las armas inscritas en el país, indicando el patrón que éstas imprimen a los proyectiles que disparan.

La Unidad Técnica en Grafología (Documentos Dudosos) se dedica al estudio de manuscritos y escritos a máquina con el fin de asegurar la autenticidad o su origen. También se incluyen los análisis de papel, obliteraciones, borraduras y documentos parcialmente destruidos o quemados. Se hacen estudios sobre la autenticidad de billetes, cheques y lotería.

La Unidad Técnica en Hechos de Tránsito practica inspecciones a vehículos para determinar qué tipo de daños presentan, de carrocería o mecánicos y la extensión de ellos. Se hacen comparaciones de vehículos con el fin de determinar el auto más probable de haber ocasionado por ejemplo una abolladura a otro. Se hace también la búsqueda de otras pruebas físicas que pudieran haber en un vehículo. A esta Unidad le corresponde practicar las inspecciones de los sitios del suceso con el fin de determinar el tipo de pavimento, la luminosidad, los campos visuales, la pendiente de la pista de rodamiento y observar qué tipo de accidentes (baches u obstáculos) se presentan. La inspección va acompañada de la toma de fotografías y el levantamiento del plano correspondiente y frecuentemente de reconstrucciones de los hechos.

Corresponde a la Unidad de Planimetría la confección de planos de las escenas en cualquier tipo de delito, desde homicidios hasta accidentes de tránsito. Un laboratorio fotográfico completo se mantiene adscrito a la Sección de Investigaciones Físicas para examinar y registrar las pruebas materiales que son enviadas al Departamento para su análisis y comparación. Los métodos utilizados por el laboratorio fotográfico requieren del uso de técnicas altamente especializadas. Sus técnicos se presentan también a las escenas de los delitos con el fin de fijarlas fotográficamente.

La Sección de Investigaciones Físico-Químicas se dedica a hacer los análisis químicos de las pruebas recibidas. Se incluye en estos análisis la comparación química y visual de pinturas en hechos de tránsito, robos, homicidios, etc. Se hacen comparaciones de tierras, vidrios, explosivos, así como el estudio de adulteración de licores. Se realizan las pruebas necesarias para determinar la presencia de estupefacientes en sustancias requisadas por las au-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

toridades y la investigación por marihuana en restos vegetales. Se dedica la Sección a hacer las determinaciones de alcoholemia a las personas involucradas en accidentes automovilísticos cuando éstas no han fallecido, cuyo dictamen es requerido por las autoridades judiciales.

La Sección de Investigaciones Toxicológicas está formada por cuatro Unidades: Análisis Clínicos (Bioquímica y Bacteriología), Inmunohematología, Química y Toxicología. La Unidad de Análisis Clínicos realiza todos aquellos exámenes que se hacen en un laboratorio clínico como un servicio casi exclusivo para la Sección de Clínica Forense del Departamento de Medicina Legal. También ejecuta las pruebas necesarias para determinar el origen de manchas de tipo biológico que no sean sangre, entre las que se incluyen las de semen, presente en ropas de víctimas e implicados en delitos sexuales, así como para determinar presencia o ausencia de semen en frotis vaginales y demostrar que hubo o no una relación sexual reciente. Se hacen investigaciones bacteriológicas a los alimentos, con el fin de confirmar su calidad para el consumo cuando las autoridades judiciales así lo consideren.

La Unidad de Inmunohemetología se dedica a la investigación de sangre en manchas, para su identificación e investigaciones del grupo sanguíneo de ellas. Hace también determinaciones de grupo sanguíneo en víctimas e implicados en distintos delitos para su comparación posterior con manchas ya estudiadas. También se hace la determinación de grupos sanguíneos en forma indirecta utilizando como muestra manchas de semen, por ejemplo, con el fin de individualizarlas. Le corresponde también hacer determinaciones inmunológicas como la prueba para determinar que una mujer está embarazada; prueba indispensable en muchos casos antes de contraer matrimonio. Se hace la determinación serológica para detectar una posible sífilis en víctima y victimario de un delito sexual. Según lo ordena el artículo 98 del Código de Familia, esta Unidad realiza el estudio de los marcadores genéticos en sangre con el fin de excluir una posible paternidad. Muchos de estos casos pueden ser resueltos cuando los supuestos padres e hijos son relacionados de acuerdo a sus grupos sanguíneos, no solamente del sistema **A.B.O. y Rh-Hr,** sino de otros como el **M.N.S.**

La Unidad de Toxicología examina todos los fluídos fisiológicos y órganos, enviados por la Sección de Patología Forense del Departamento de Medicina Legal, con el fin de determinar la presencia o ausencia de drogas y otros venenos. Realiza todas las determinaciones de alcoholemia en muestras recogidas en la morgue judicial. Como un servicio público, cuando está dentro de sus limitaciones de tiempo, personal y presupuestarias y con la autorización respectiva, hace determinaciones toxicológicas para otras instituciones como la Caja Costarricense de Seguro Social, dado a que es el único laboratorio comprensivo de Toxicología del País. Su función está complementada por los análisis químico-toxicológicos que realiza la Unidad de Química, que consisten en determinar la presencia de drogas y sustancias tóxicas, en general en preparados químicos y alimentos, cuando se sospecha que estos fueron el origen de una intoxicación homicida, suicida o accidental.

VI. BIBLIOGRAFIA

SAFERSTEIN, R. **An Introduction to Forensic Science.** Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey. 1977, p. 439.

STUART, K. y OVERMAN, M. **Science Against Crime.** Nature and Science Library. Dobleday and Company Inc., Garden City, New York. 1972, p. 156.

WALLS, H.J. **Forensic Science, an Introduction to Scientific Crime Detection,** 2d. ed. Sweet and Maxwell, London. 1974, p. 257.

*****